МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ОДЕСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 54

Одеса
«Юридична література»
2010

ББК 67(4Укр)я43
А 437
УДК 340(477)1082

У збірнику наукових праць розглянуто питання методології механізму кримінально-правової заборони та актуальні проблеми розвитку інститутів кримінального права.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих юридичних та історичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться особливостями кримінально-правової доктрини України та зарубіжних країн.

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф., акад. АПН України ***С.В. Ківалов*** (*головний редактор*), д-р юрид. наук, проф. ***Ю.М. Оборотов*** (*заступник головного редактора*), д-р юрид. наук, проф. ***Ю.П. Аленін,*** канд. юрид. наук, проф. ***М.Р. Аракелян***, канд. юрид. наук, проф. ***Л.Р. Біла-Тіунова***, д-р юрид. наук, проф. ***О.К. Вишняков***, д-р юрид. наук, проф. ***М.А. Дамірлі***, д-р юрид. наук, проф. ***Є.В. Додін***, канд. юрид. наук, проф. ***В.В. Завальнюк***, канд. юрид. наук, проф. ***І.І. Каракаш***, д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України ***М.П. Орзіх***, д-р юрид. наук, проф. ***О.П. Подцерковний***, канд. юрид. наук, проф. ***Ю.Є. Полянський***, д-р юрид. наук, проф. ***В.В. Тіщенко***, д-р юрид. наук, проф. ***В.О. Туляков***, д-р юрид. наук, проф. ***Є.О. Харитонов***, д-р юрид. наук, проф. ***О.І. Харитонова***, д-р юрид. наук, проф. ***Г.І. Чанишева***.

Відповідальний за випуск
доктор юридичних наук,
професор ***В. О. Туляков***

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України,
свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу інформації
серія КВ № 3736.

Постановою Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.1999 р.
збірник внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

© Одеська національна
юридична академія, 2010

ПЕРЕДМОВА

У квітні 2010 року в Одеській національній юридичній академії відбулася типова подія – міжнародна науково-практична конференція. Але тема конференції "Механізм кримінально-правового впливу: український та зарубіжний досвід", широта та репрезентативність представників науки та практики в галузі кримінального права та кримінології та кримінально-виконавчого права, фахівців з кримінальної юстиції та контролю над злочинністю була надзвичайною.

Фахові доповіді з проблеми механізму кримінально-правового впливу та контролю над злочинністю надали представники провідних наукових шкіл України, Росії, Білорусії, США, Швейцарії, Іспанії, Німеччини, Австрії, Туреччини. У роботі цього наукового форуму взяли участь 34 доктори наук.

Більш ніж сто учасників конференції протягом двох діб дебатували по проблемах ефективності контролю над злочинністю, шляхів та методів виходу із системної кризи кримінально-правового регулювання. За глобальністю проблематики Одеська національна юридична академія приймала конгрес криміналістів із світовими іменами та визначеністю.

Цей інтерес до розвитку кримінально-правової науки в академії підтверджує правильність політики розвитку дослідницького навчально-наукового університетського комплексу, яким сьогодні є Одеська національна юридична академія, завдяки працям вчених якої забезпечується фундамент нових стабільних, гармонічних та усталених правовідносин у державі.

У цій збірці читач знайде посилання на базові проблеми сучасного світоустрою, які забезпечують розвиток кримінально-правової науки або, навпаки, мешають підвищенню ефективності кримінально-правової заборони. Це й недоліки у проведенні судової реформи та реформи системи нагляду за законністю органів кримінальної юстиції, це й відрив кримінально-правової доктрини сьогодення від практики законотворчості в парламентских комітетах, це й нечіткість та прогалини кримінального законодавства та кримінально-правових догм,

це й вимушена половинчатість у кримінально-правових реформах, перевага прикладних досліджень над фундаментальними.

Учасники конференції, її гості, присутні виказали серію пропозицій стосовно постійнодіючого форуму-моніторингу чинного кримінального законодавства у країнах СНД, випуску на базі матеріалів конференції фахової наукової збірки, формування в майбутньому щорічника кримінального права на базі праць учених Одеської національної юридичної академії та її гостей.

З цією метою й була надрукована ця збірка, присвячена місцю та ролі кримінально-правових заборон у регулюванні сучасного світоустрою.

Сподіваюсь, що науковці, викладачі, аспіранти та студенти, фахівці в галузі права знайдуть у цій збірці достатньо цікавого матеріалу для послідовного розвитку сучасної кримінально-правової та кримінологічної доктрини.

Сергій КІВАЛОВ

доктор юридичних наук,
професор, академік АПН України,
Президент Одеської національної
юридичної академії,
голова Комітету Верховної Ради України
з питань правосуддя

Розділ 1

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

УДК 340.701

С.В. Кивалов

ПЕРСПЕКТИВЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ УГОЛОВНОЙ ЮСТИЦИИ И СУДЕБНАЯ РЕФОРМА

Известно, что сегодня многие преподаватели и ученые Одесской национальной юридической академии вовлечены в современный законотворческий процесс как на уровне локального правотворчества, так и на уровне президентской комиссии по проведению судебной реформы и многих других специальных консультативных органов. Эта высокая оценка и внимание Президента Украины к нашему уузу свидетельствуют о роли и значении коллектива преподавателей, сотрудников и студентов Одесской национальной юридической академии в формировании интеллектуальной элиты нашего общества.

Многотысячный коллектив Одесской национальной юридической академии – это 16 тысяч студентов и 518 докторов и кандидатов наук, 171 аспирант, более 1000 сотрудников административного персонала, 26 кафедр, 12 филиалов и обособленных подразделений.

Это три специализированных ученых совета по защите докторских диссертаций по праву и политологии, это каждый второй учебник по праву, это 12 журналов и сборников научных работ.

Это многое и многое другое, что позволяет называть Одесскую национальную юридическую академию европейским вузом высшего качества, с которым считаются в Европе и мире.

Наш научный форум прежде всего посвящен проблемам уголовно-правового регулирования. Однако уголовное право – не только и не столько академически застывшая система норм и архаичных конструктов догматики. Это и правовые принципы, и правовая идеология, и психология, наконец, – это сама правореализация.

Принципиальное изменение в процесс понимания современного уголовного права как раз и состоит в установлении его динамических и нормативных характеристик и свойств. Опыт современного законотворчества убеждает в том, что осуществление правосудия должно быть одним из элементов формирования права как ценности.

И в этой связи для формирования уголовно-правовых запретов будущего очень важно, по какому пути пойдет судебно-правовая реформа, каким образом конституционные нормы и принципы получат свою реализацию в новых положениях закона о судоустройстве и статусе судей. Проблема, будет ли судебная система эффективной или, наоборот, деструктивной для Украины и ее народа, многих экспертов не слишком волнует. И если решать их будут исходя из личных интересов отдельных чиновников или соображений иностранных государств, нас ждут печальные последствия. В то же время существуют наши, насущные, украинские проблемы в работе судебной власти, которые в первую очередь необходимо решить, – для того нам и нужна судебная реформа.

© С.В. Кивалов, 2010

Первая проблема – устаревшая структура судов. Нынешняя структура судов – это "недострой", брошенная на полпути реализация конституционного требования специализации судов. Для производства по административным и хозяйственным делам, как и положено, созданы новые, трехуровневые судебные вертикали: первая – апелляционная – кассационная инстанции. Производство по гражданским и уголовным делам осуществляют по старинке два уровня общих судов. При этом и над теми и над другими довлеет Верховный суд, который желает оставаться (по административным и хозяйственным делам) четвертой по счету судебной инстанцией. Такого нет ни в одном цивилизованном государстве.

Другой "подарок" советской эпохи – система военных судов, сформированная под дислоцированные в Украине подразделения Советской армии и объекты военно-промышленного комплекса. И те и другие сократились во многие десятки раз. А система военных судов – нет. Она продолжает жить в полном благополучии за счет обнищавших налогоплательщиков. При этом, по статистике, среднемесячная нагрузка судьи военного суда первой инстанции в 50 раз(!) меньше, чем его коллеги из административного суда. Конечно, попытки в рамках судебной реформы сохранить этот "парк Юрского периода" с его динозаврами, неповоротливыми в осуществлении судопроизводства, но широко раззевающими пасть на бюджетные средства, и совместить его с современными подсистемами специализированных судов – это попытки скрестить ужа с ежом. Последние 14 лет мы являемся свидетелями их нерезультативности. Выход один: преодолевая препятствия, выстроить эффективную структуру судов, вписавшись в рамки действующей Конституции. Потому что следующие изменения в Основном Законе могут произойти и через год и через 10 лет – а так долго наша страна с ее нынешними проблемами ждать не может.

Следуя практике, уже апробированной в прошлом, создание вертикалей специализированных судов по рассмотрению гражданских и уголовных дел следует начать с формирования Высшего гражданского и уголовного суда. Верховный суд объективно требует более серьезной реформы. Нынешняя четырехпалатная форма Верховного суда и численность почти в 100 судей выстроены под функцию кассационной инстанции, которая по всем четырем существующим типам дел будет занята высшими административным, хозяйственным, гражданским и уголовным судами соответственно. Поэтому форму Верховного суда придется переосмыслить.

Для нас же оптимальной представляется гибридная форма Верховного суда. Что касается количества, оно может насчитывать впятеро меньше судей. По должности в состав Верховного суда следует ввести всех председателей палат высших административного, хозяйственного, гражданского и уголовного судов. Для обеспечения эффективной работы ВСУ в дополнение к ним следует предусмотреть небольшое количество судей, работающих на постоянной основе. Заседая все вместе, они и станут новым составом Верховного суда Украины, который будет работать исключительно в пленарном режиме. Именно такие структура и состав позволят наиболее эффективно реализовать нынешние функции Верховного суда Украины: пересмотр решений судов в случае призна-

ния их Европейским судом по правам человека нарушающими международные обязательства Украины; рассмотрение споров по поводу компетенции между высшими специализированными судами разных юрисдикций; обобщение судебной практики и утверждение разъяснений по поводу применения действующего законодательства, обязательных для судов всех четырех юрисдикций. Нынешняя же структура Верховного суда совершенно не приспособлена для реализации таких функций, и тот, кто это отрицает, просто неискренен.

Другая ключевая задача: установление справедливой процедуры отбора судейских кадров. В ее основе должен лежать серьезный квалификационный экзамен и незыблемое правило, согласно которому судьей назначается кандидат, показавший лучший результат на экзамене. Нужно ликвидировать условия для коррупции и поборов в виде множества инстанций, через которые должна пройти кандидатура будущего судьи. Необходимо не количество, а качество проверки кандидатур.

Третья, важнейшая задача, – защитить независимость судьи. В первую очередь именно простого судьи. Потому что высокопоставленные чиновники, сидящие во главе судебной системы, под термином “независимость судьи” подразумевают свое “священное” право диктовать судьям нижестоящих судов содержание принимаемых ими решений и, вопреки закону, самолично решать, какой судья будет работать, а какой – нет. Такая “независимость” не нуждается в защите, сегодня она уже угрожает независимости судебной власти в целом.

Укрепление действительной независимости судьи является не единственным, но важным средством против политического вмешательства в работу судов, которое в течение предыдущих пяти лет принимало особо неприглядные формы. Право простых судей участвовать в принятии решений высшими органами судейского самоуправления – всеукраинского съезда судей и его исполнительного органа – следует обеспечить путем закрепления обязательных квот для рядовых судей местных и апелляционных судов в составе этих органов. Самоуправление должно стать правом каждого украинского судьи.

В свете изложенного очевидно: дальнейшее осуществление судебной реформы будет непростым. Президенту Украины, провозгласившему своей целью эффективную судебную реформу, в этом деле потребуется моральная поддержка всего общества.

Естественно, введение данных новелл потребует особых условий обеспечения защиты и охраны прав и свобод граждан, носителей судебной власти, обеспечение эффективного механизма противодействия злоупотреблениям в сфере отправления правосудия. И в этом огромная роль и значение придается именно деятельности представителей наук уголовно-правового цикла, формирующих сегодня новые горизонты современной уголовно-правовой доктрины.

Анотація

Ківалов С.В. **Перспективи вдосконалення системи кримінальної юстиції та судова реформа.** – Стаття.

У статті йдеться про формування нової структури вертикалі кримінальної юстиції у період судової реформи. Робляться висновки про необхідність створення додаткових умов підвищення ефективності діяльності суддів, їх незалежності.

Ключові слова: кримінальна юстиція, судова реформа.

Summary

Serhiy V. Kivalov. **Perspectives of system modernization on criminal justice and judicial reform.** – Article.

Criminal justice system modernization under the auspices of judicial reform in Ukraine is analyzed here. The author stresses the key elements of judicial reform and possibilities of strengthening criminal law impact in this sphere.

Key words: criminal justice, judicial reform.

УДК 340.701

О.І. Медведько

ЗОВНІШНЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-УПРАВЛІНСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ ГЕНЕРАЛЬНОГО ПРОКУРОРА УКРАЇНИ

Генеральний прокурор України відповідно до статті 15 Закону України “Про прокуратуру” має низку управлінських повноважень стосовно підпорядкованих йому органів і посадових осіб прокуратури. У відносинах з іншими державними структурами він наділений або в перспективі може бути наділений повноваженнями, які носять управлінський характер, лише доти, доки відповідні підготовчі кроки здійснюються в апараті Генеральної прокуратури. У подальшому такі відносини набувають характеру організаційних, оскільки Генеральний прокурор України не має щодо їх учасників управлінських повноважень. Ці учасники здійснюють взаємоузгоджені дії, обумовлені метою, завданнями і змістом їх співробітництва.

Зупинимося на окремих із цих повноважень.

На перше місце серед них слід поставити представництво, яке здійснює Генеральний прокурор України. Йдеться не про представництво в цивільно-процесуальному і господарсько-процесуальному розумінні, що теж не виключено, коли він як керівник Генеральної прокуратури захищає її інтереси у відповідних правовідносинах. Маються на увазі випадки, коли Генеральний прокурор представляє прокуратуру України перед усім суспільством і навіть на міжнародному рівні, наприклад у рамках Міжнародної асоціації прокурорів або беручи участь у зустрічах Генеральних прокурорів країн Ради Європи чи Співдружності незалежних держав. У межах України Генеральний прокурор

© О.І. Медведько, 2010

здійснює представництво у відносинах між прокуратурою та вищими органами держави: Верховною Радою України, Президентом України, Кабінетом Міністрів України, центральними органами виконавчої влади, Верховним судом України тощо, підписуючи від імені прокуратури відповідні документи. У зв'язку з цим слід підкреслити, що представницька діяльність Генерального прокурора носить передусім не церемоніальний, а змістовний характер. У ході двосторонніх і багатосторонніх зустрічей вдається досягти принципових рішень, виробити рекомендації у важливих питаннях співробітництва, у чому автор переконався на власному досвіді.

Представницька роль Генерального прокурора передбачена в законах про прокуратуру деяких пострадянських країн.

Так, відповідно до п. "а" частини 2 статті 27 Закону Молдови "Про прокуратуру" від 25.12.08 "Генеральний прокурор "представляє прокуратуру у відносинах з іншими органами влади, юридичними і фізичними особами в країні і за рубежем" [1].

Закон Азербайджанської Республіки "Про прокуратуру" в редакції від 27 лютого 2009 р. містить норму (пункт "з" частини першої статті 8), у якій передбачено, що Генеральний прокурор "представляє прокуратуру Азербайджанської Республіки" [2].

Міністр юстиції Грузії, у підпорядкуванні якого перебуває Головний прокурор Республіки, "представляє прокуратуру у вищих органах державної влади Грузії, а також при здійсненні відносин з міжнародними організаціями і правоохоронними органами інших держав" (Закон Грузії "Про прокуратуру" від 21.10.08) [3].

Представництво, яке фактично, не будучи прямо закріплено законом, здійснюється Генеральним прокурором України, можна якоюсь мірою порівняти з представницькою роллю Голови Верховного суду України, який відповідно до пункту 15 частини 1 статті 50 Закону України "Про судоустрій України" "представляє Верховний Суд України та систему органів загальної юрисдикції у відносинах з іншими органами державної влади України, органами місцевого самоврядування, а також з судовими органами інших держав та міжнародними організаціями" [4]. Звертає на себе увагу те, що представницькі повноваження Голови Верховного суду України поширюються не лише на цей орган, але й на всю систему судів загальної юрисдикції, хоча вони не перебувають у службовому підпорядкуванні Верховного суду і його Голови, на відміну від органів прокуратури, підпорядкованих Генеральному прокурору України.

Зазначений вид діяльності Генерального прокурора України в майбутньому Законі України "Про прокуратуру" слід викласти в такій редакції: "...представляє Генеральну прокуратуру й всю прокурорську систему України у відносинах з іншими державними органами і органами місцевого самоврядування України, інших держав та з міжнародними організаціями".

Проявом представництва є участь Генерального прокурора України або за його дорученням – заступників Генерального прокурора у пленарних засіданнях Верховної Ради України, засіданнях комітетів і комісій Верховної Ради України, Ради національної безпеки і оборони України (РНБО), з'їздах суддів

України, засіданнях колегій центральних правоохоронних органів тощо з метою інформування цих органів про стан законності й участі в обговоренні питань зміцнення правопорядку. Підпорядковані прокурори, їх заступники відповідно можуть брати участь у засіданнях органів влади регіонального і місцевого рівня (стаття 9 Закону України "Про прокуратуру").

Норми щодо цієї форми представництва містяться і в законах про прокуратуру деяких пострадянських країн.

Так, Генеральний прокурор Республіки Білорусь і його заступники "мають право у встановленому порядку брати участь у засіданнях Палати представників і Ради Республіки Національних Зборів Республіки Білорусь і створених ними комісій та інших органів (частина 1 статті 10 Закону Республіки Білорусь "Про прокуратуру" від 08.05.07 [5]).

Генеральний прокурор Туркменістану має право брати участь у роботі Халк Масхалати і засіданнях Меджлісу, тобто палат парламенту, Кабінету Міністрів (Закон "Про прокуратуру Туркменістану" від 26.02.92, стаття 7) [6]. Водночас у Вірменії, відповідно до статті 8 Закону "Про прокуратуру" від 01.07.98 [7], передбачено право Генерального прокурора брати участь лише в засіданнях Уряду Республіки Вірменія.

Своєрідною є діяльність Генерального прокурора України (і ще двох представників від прокуратури) у складі Вищої ради юстиції (ВРЮ). Ця своєрідність виявляється в тому, що, по-перше, Генеральний прокурор є членом ВРЮ за посадою і не може делегувати цього права своєму заступнику, навіть тимчасово; по-друге, як член ВРЮ він має такі самі права й обов'язки, як і всі інші члени ради; по-третє, він бере участь у вирішенні питань, пов'язаних з діяльністю ВРЮ як органу, відповідального за формування високопрофесійного суддівського корпусу (стаття 1 Закону України "Про Вищу Раду юстиції" [8]). Особливістю його правового статусу як члена ВРЮ є те, що лише Генеральний прокурор України може звернутися до ВРЮ з пропозицією розглянути питання щодо несумісності діяльності прокурора із займаною посадою (стаття 34 зазначеного Закону). Більш точним у цій ситуації був би такий вираз: "...з пропозицією... встановити факт порушення вимог закону щодо несумісності посади прокурора з іншими видами діяльності".

Проте, на наш погляд, такі питання було б доцільніше вирішувати значно простіше. Адже зверненню Генерального прокурора до ВРЮ має передувати службова перевірка. Встановлений нею факт порушення вимог закону щодо несумісності цілком можна розглядати як порушення службової дисципліни і навіть порушення присяги, а значить, – і для вжиття заходів дисциплінарного впливу, аж до найсуворіших. То навіщо ставити питання про визнання цього факту ще й перед ВРЮ? Тим більше що зацікавлена особа може оскаржити наказ про накладення на неї дисциплінарного стягнення знову ж таки до Вищої ради юстиції. Втім, щоб відмовитися від цього порядку, потрібні зміни до статті 131 Конституції України.

Організаційним повноваженням Генерального прокурора України є його участь у засіданнях Пленуму Верховного суду України (частина 3 статті 54)

і пленумів інших спеціалізованих судів (у роботі останніх – лише при розгляді питань про роз'яснення судам з приводу застосування законодавства) – частина 44 зазначеного Закону. Не будучи членом Пленуму, Генеральний прокурор не має права вирішального голосу, проте, зрозуміло, може брати участь в обговоренні питань забезпечення правопорядку, діяльності судів і прокуратури, зокрема участі прокурорів у різних видах судочинства.

Аналогічні або близькі за змістом норми передбачені законами про прокуратуру деяких пострадянських країн.

Так, у частині 3 статті 10 Закону Азербайджану передбачено, що "Генеральний прокурор бере участь у засіданнях Пленуму Верховного Суду Азербайджанської Республіки, у встановлених законом випадках і порядку подає протест для розгляду справ у додатковому касаційному порядку". Остання фраза пов'язана з особливостями процесуального законодавства цієї країни у порівнянні із законодавством України, де Пленум Верховного суду не розглядає жодних судових справ.

Змістовнішим у цьому плані є положення Закону про прокуратуру Білорусі та Узбекистану.

Генеральний прокурор Білорусі, як і його заступники, мають право брати участь у засіданнях не лише Пленуму, але й президії Верховного і Вищого господарського судів Республіки Білорусь (частина 1 статті 11), вносити на їх розгляд пропозиції про надання судам роз'яснень з питань застосування законодавства, що виникають при розгляді справ і виконанні судових постанов (частина 2 статті 13 Закону про прокуратуру).

Відповідно до пункту 3 частини 1 статті 12 Закону Узбекистану "Генеральний прокурор Республіки Узбекистан… бере участь у засіданнях Пленуму Верховного Суду Республіки Узбекистан, висловлює свою думку у справах, що розглядаються, і пропозиції про надання Пленумом роз'яснень з питань застосування законодавства". Аналогічно сформульовано пункт 4, де йдеться про участь Генерального прокурора у засіданнях Пленуму Вищого господарського суду [9].

Звертає на себе увагу відмінність щодо підстав участі Генерального прокурора України в засіданнях пленумів Верховного і вищих спеціалізованих судів України. У першому разі Генеральний прокурор, як і Голова Вищої ради юстиції та Міністр юстиції України, бере участь у всіх його засіданнях (частина 3 статті 55), а в другому – Генеральний прокурор, як і Міністр юстиції, бере участь у засіданнях Пленуму лише при розгляді питань про роз'яснення законодавства. При цьому мається на увазі обов'язковість участі цих осіб. Проте, оскільки вони наділені лише правом дорадчого голосу, то, очевидно, можна було б передбачити в законодавстві можливість участі в засіданнях пленумів заступників Генерального прокурора України з урахуванням обсягу їхньої компетенції.

З урахуванням зарубіжного досвіду варто сформулювати спеціальну статтю Закону України "Про прокуратуру" в такій редакції:

"Участь Генерального прокурора України в роботі Пленуму Верховного суду України і пленумів вищих спеціалізованих судів.

Генеральний прокурор України (його заступник):

– вносять до Пленуму Верховного суду України і пленумів вищих спеціалізованих судів пропозиції щодо надання роз'яснень судам про застосування законодавства, які підлягають розгляду на їхніх засіданнях;

– бере участь у засіданнях Пленуму Верховного суду України, незалежно від порядку денного, у засіданнях пленумів вищих спеціалізованих судів – при розгляді питань щодо надання роз'яснень судам про застосування законодавства; в обговоренні відповідних питань з правом дорадчого голосу".

Проблемним на сьогодні залишається питання щодо форм участі Генерального прокурора України у вдосконаленні чинного законодавства.

Відповідно до частини 2 статті 5 Закону України "Про прокуратуру", у первинній редакції на прокуратуру було покладено участь у розробці органами державної влади заходів запобігання злочинам та іншим правопорушенням, у роботі з вдосконалення і роз'яснення законодавства. Проте згодом ця норма була виключена із закону. При цьому участь у профілактичній діяльності продовжує здійснюватися прокуратурою в процесі координації діяльності правоохоронних органів з боротьби зі злочинністю і реалізації деяких наглядових функцій. Роз'ясненню законодавства певним чином сприяє оприлюднення в умовах гласності інформації щодо діяльності прокуратури зі зміцнення правопорядку.

Складніше визначитись щодо участі прокуратури у вдосконаленні законодавства з урахуванням того, що офіційні пропозиції про прийняття законодавчих актів і внесення до них змін та доповнень можуть виходити лише від Генерального прокурора України. Ця проблема має свою історію.

Статтею 9 Положення про прокурорський нагляд у СРСР 1955 року було передбачено, що "Генеральний прокурор СРСР може увійти до Президії Верховної Ради СРСР з поданням щодо питань, що підлягають вирішенню в законодавчому порядку, або таких, що потребують тлумачення закону в порядку пункту "а" статті 49 Конституції СРСР". Перша частина цього речення по суті становила собою закріплення права законодавчої ініціативи.

Статтею 9 Союзного Закону про прокуратуру 1979 року Генеральному прокурору СРСР було надано право законодавчої ініціативи у Верховній Раді СРСР. Відповідно прокурори союзних республік мали право законодавчої ініціативи у відповідних органах влади союзних республік. Щоправда, реального значення це не мало, оскільки в тодішніх умовах процеси законотворчості як на союзному, так і на республіканському рівнях були суворо регламентовані партійними інстанціями.

Чинна Конституція України (частина 1 статті 93) вкрай обмежила перелік суб'єктів законодавчої ініціативи. Право безпосереднього внесення законопроектів мають лише Президент України, народні депутати України (групи депутатів і окремі депутати) та Кабінет Міністрів України. Водночас цього права позбавлені як Верховний суд України, так і Генеральний прокурор України.

Відсутнє право безпосередньої законодавчої ініціативи й у Генеральних прокурорів інших пострадянських республік. Натомість в окремих країнах у законодавстві закріплені певні "сурогати" цього права. Йдеться про можливість

для Генерального прокурора звернутися, так би мовити, з проектом законопроекту до того чи іншого суб'єкта законодавчої ініціативи.

Так, відповідно до статті 9 Федерального закону Російської Федерації "Про прокуратуру Російської Федерації" [10], передбачено, що "прокурор, при встановленні в ході здійснення своїх повноважень необхідності вдосконалення чинних нормативних актів, має право вносити до законодавчих органів і органів, які мають право законодавчої ініціативи відповідного і нижчестоящих рівнів, пропозиції, а не законопроекти про зміну, доповнення і скасування або про прийняття законів та інших нормативних актів". Зі змісту цієї статті є очевидним, що таким правом наділені не лише Генеральний прокурор, але й прокурори суб'єктів Федерації з урахуванням особливостей державного устрою Росії, яка є єдиною серед усіх колишніх союзних республік федеративною державою.

Частиною 13 Закону Білорусі передбачено, що "Генеральний прокурор Республіки Білорусь, його заступники, нижчестоящі прокурори територіальних і спеціалізованих прокуратур та їх заступники мають право, у встановленому порядку і в межах своєї компетенції, направляти пропозиції до нормотворчого органу (посадової особи) про прийняття (видання), зміну, доповнення, тлумачення або визнання такими, що втратили силу, нормативних актів". У даному разі йдеться про правотворчу ініціативу в широкому розумінні, а не лише про законодавчу ініціативу, чим і пояснюється надання права ініціювати видання і зміни нормативних актів не лише Генеральному прокурору, а й підпорядкованим прокурорам.

Керівництво Генеральної прокуратури України підтримує участь у правотворчих ініціативах всіх працівників прокуратури, хоча і з урахуванням принципу централізації. Галузевим наказом Генерального прокурора від 22 квітня 2004 року [11] передбачено, що пропозиції прокурорів з відповідним обґрунтуванням і наданням конкретних проектів нормативних актів надсилаються до Генеральної прокуратури України для визначення їх актуальності й можливого використання в правотворчій діяльності. Провідним підрозділом у цій діяльності є відділ правового забезпечення Генеральної прокуратури України.

Будь-який прокурор, посилаючись на власний досвід і знання, особливо якщо він прагне здобути або здобув науковий ступінь, має право брати участь в обговоренні актуальних питань законотворчості в монографічних роботах і на сторінках правової періодики. Проте самостійне внесення ним пропозицій з цього приводу суб'єктам законодавчої ініціативи, очевидно, суперечило б принципу централізації прокурорської системи. Обговорення тих чи інших варіантів вирішення проблем удосконалення законодавства має відбуватися в межах колективів прокуратур, науково-практичних конференцій тощо. У майбутньому для вирішення відповідних рекомендацій можна було б використовувати всеукраїнську конференцію працівників прокуратури.

Персональну відповідальність за своєчасність і якість здійснення правового аналізу проектів законів та інших нормативно-правових актів покладено на керівників структурних підрозділів Генеральної прокуратури України. Підготовка проектів законодавчих актів, які розробляються з ініціативи

Генеральної прокуратури України, здійснюється відділом правового забезпечення з урахуванням пропозицій відповідних структурних підрозділів та підпорядкованих прокуратур. Для підготовки особливо важливих і складних за змістом проектів нормативно-правових актів створюються робочі групи на чолі із заступниками Генерального прокурора України із включенням до їх складу кваліфікованих працівників управлінь, відділів, фахівців Національної академії прокуратури України. Очевидно, слід практикувати включення до цих груп також працівників наукових установ і юридичних ВНЗ, які здійснюють науковий пошук у сфері діяльності прокуратури.

Проте потрібно визнати, що закріплення за Генеральним прокурором України права брати участь у законотворчій діяльності, без надання йому права законодавчої ініціативи, навряд чи допоможе йому домагатися практичної реалізації тих чи інших законотворчих ініціатив. У цьому разі він фактично опиняється в такій самій ситуації, як і керівники інших загальнодержавних органів влади, і навіть пересічні громадяни, і змушений звертатися з відповідними законопроектами до окремих народних депутатів України або груп депутатів, серед яких є і колишні працівники прокуратури досить високого рівня. Проте будь-яке "протежування" в цих питаннях, нехай і з найкращими намірами, не найліпшим чином відбивається на незалежності Генерального прокурора. До того ж дезорганізація і навіть хаос у законотворчій діяльності парламенту створює додаткові труднощі для розгляду відповідних законодавчих пропозицій.

Розуміючи складність позитивного вирішення питання про надання Генеральному прокурору права законодавчої ініціативи, передусім через потребу внесення змін до Основного Закону, вважаємо, що ця проблема і надалі має залишатися на порядку денному, у тому числі перед юристами-науковцями.

Навряд чи можна вважати остаточним сучасний стан взаємовідносин між Генеральним прокурором України та Конституційним Судом України. На жаль, у цих питаннях знову ж таки "спрацювала" тенденція до обмеження компетенції Генерального прокурора України щодо підстав його звернення до Конституційного Суду.

Законом України "Про Конституційний Суд України", прийнятим 3 червня 1992 року [12] (втратив чинність), було передбачено, що Генеральний прокурор України, поряд з деякими іншими вищими керівниками, зокрема Головою Верховного суду України і Головою Вищого арбітражного суду України, міг звертатися до Суду з усіх питань, що становили компетенцію останнього (ст. 15 зазначеного Закону). Чинний же Закон обмежив це право лише конституційним зверненням Генерального прокурора з приводу офіційного тлумачення Конституції та законів України, і то лише з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, а також прав юридичної особи (частина 1 статті 42 чинного Закону).

На ненормальність такого становища зверталася увага як в Україні [13, с. 101], так і в Росії, де компетенція Конституційного Суду також не поширюється в цій частині на прокуратуру [14, с. 35; 15, с. 20]. І справді, хто, як не прокурор, може своєчасно виявити відхилення від закону в діяльності органів влади, на яких

поширюється компетенція Конституційного Суду, та ініціювати їх усунення? Втім для вирішення цієї проблеми потрібно також внести доповнення до статті 149 Конституції України. При цьому варто зауважити, що право звернення до Конституційного Суду закріплено за Генеральним прокурором у деяких країнах СНД.

Так, відповідно до статті 21 Закону Молдови, "Генеральний прокурор має право звернутися до Конституційного Суду із запитом про конституційність законів, указів Президента Республіки Молдова, постанов і ордонансів уряду".

Генеральний прокурор Киргизстану має право звернутися до Конституційного Суду Киргизької Республіки з питань невідповідності Конституції Киргизької Республіки законів, які порушують права і свободи людини і громадянина. Право на звернення із запитом до Конституційного Суду передбачено статтею 130 Конституції Азербайджану і частиною 3 статті 10 Закону Азербайджану "Про прокуратуру".

Відповідно до частини 3 статті 18 Закону "Про Конституційний Суд України" 1992 року, у засіданні КС мали право брати участь керівники держави і вищих органів державної влади, у тому числі Голови Верховного та Вищого арбітражного судів, Генеральний прокурор, Міністр юстиції України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. Чинний закон відповідної норми не містить. Проте зазначені особи, у тому числі й Генеральний прокурор України, могли б, залежно від характеру справи, висловлювати міркування щодо обґрунтованості конституційних подань і конституційних звернень і таким чином сприяти внесенню обґрунтованих і зважених рішень.

Література

1. Закон Республики Молдова "О прокуратуре" от 25 декабря 2008г. / Мониторул Официал, №55-56 от 17.03.08.
2. Закон Азербайджанской Республики "О прокуратуре" от 7 декабря 1999 г. // Азербайджан. – 1999. – №299.
3. Закон Грузии "О прокуратуре" от 21 октября 2008 г. / Сакартвелос саканоимдебломацне. – 2008. – №27. – С. 170.
4. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №17-18. – Ст. 180.
5. Закон Республики Беларусь "О прокуратуре Республики Беларусь" // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2009. – №16. – 2/1559 "Н1090007".
6. Закон Туркменистана "О прокуратуре Туркменистана" от 26 июня 1992 г. // Веб-сайт Генеральной прокуратуры Туркменистана.
7. Закон Республики Армения "О прокуратуре" от 26 июня 1992 г. / Веб-сайт Генеральной прокуратуры Республики Армения.
8. Відомості Верховної Ради України.– 1998. – №25. – Ст.46.
9. Закон Республики Узбекистан "О прокуратуре" (новая редакция) от 29.08.01. // Веб-сайт Генеральной прокуратуры Республики Узбекистан.
10. http/ genprok. gou. rn. (dokuments/legal-base) dokument-2 print.
11. Наказ Генерального прокурора України від 2 квітня 2004 р. "Про організацію роботи з питань правового забезпечення в органах прокуратури" – К.: Ген. прокуратура України. –2004. – С. 2.
12. Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №15. – Ст. 133.
13. Косюта М.В. Прокуратура України в умовах демократичного суспільства. – О.: Юрид. л-ра, 2002. – 386 с.
14. Научная информация по вопросам борьбы с преступностью. – М.: ВНИИ проблем укрепления законности и правопорядка, 1992. – Вып. 136. – 98 с.

15. Викторов И.С. К вопросу о теории законности в РФ. Некоторые рассуждения // Укрепление законности в экономике, социальной сфере и административной деятельности средствами прокурорского надзора. – М., 2000. – С. 3.

Анотація

Медведько О.І. **Зовнішня організаційно-управлінська діяльність Генерального прокурора України.** – Стаття.

У статті висвітлюються та аналізуються проблемні питання правового статусу Генерального прокурора України. Порівнюються положення законодавства України, Росії, Молдови, Азербайджану та ін. з приводу визначення організаційно-управлінських повноважень Генерального прокурора.

Ключові слова: Генеральний прокурор, правовий статус.

Summary

Medvedko O.I. **External organizationally and administrative activity of the General Prosecutor of Ukraine.** – Article.

In this article the author discovered the problem of a legal status of the General prosecutor of Ukraine. It was compared the positions of legislation concerning with definition of organizational-administrative powers of the General prosecutor in Ukraine, Russia, Moldova, Azerbaijan, etc.

Key words: Prosecutor General, legal status.

УДК 343.3/7.01

Н.И. Панов

ПРОБЛЕМЫ ТОЧНОСТИ НОРМ ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО ПРАВА И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ТЕХНИКИ

Нормы Особенной части уголовного права представляют собой установленные государством в Уголовном кодексе и запрещённые под угрозой наказания строго определённые виды (типы) общественно опасного поведения (деяний) субъекта преступления, изложенные в обобщённом виде. В большинстве случаев эти нормы (с учётом их содержания) являются нормами-запретами активного общественно опасного поведения (действий) индивидуально неопределённого круга лиц. Некоторые из них являются нормами-предписаниями, которые обязывают к соответствующим активным действиям, невыполнение которых (бездействие) влечёт (при наличии необходимых условий) уголовную ответственность. Структура нормы уголовного права – гипотеза (её функции выполняют ряд норм Общей части), диспозиция и санкция – по общему правилу позволяет достаточно чётко и однозначно законодательно решать вопрос о признании конкретных общественно опасных деяний преступными и наказуемыми. Уголовный закон и содержащиеся в нём правовые нормы с учётом их особенностей адресованы, во-первых, гражданам (лицам физическим), которые обязаны неукоснительно соблюдать закреплённые в них запреты и предписания.

© Н.И. Панов, 2010

Во-вторых, уполномоченным органам государственной власти и их должностным лицам, обязанным правильно применять уголовный закон к лицам, совершившим деяния, признаваемые преступлениями. Из этого следует, что уголовный закон по форме изложения должен быть понятным и доступным не только юристам, которые его применяют, но и всем гражданам.

Однако, анализ причин, обусловливающих ошибки в правоприменительной деятельности, свидетельствует, что в их числе далеко не последнее место занимают неясность, недостаточные чёткость и полнота закрепления в нормах УК правовых запретов и предписаний, т.е. есть неточность уголовного закона. Вот почему чёткое, понятное, полное и доступное по форме изложение норм Особенной части УК имеет важное значение для правильной квалификации и разграничения преступлений, для определения характера и степени их общественной опасности, для назначения наказания, соразмерного содеянному. Понятие “точность норм уголовного права”, как и понятие “точность”, широко используемое в философии (в теории познания), включает в себя гносеологический, логический, семиотический (в том числе лингвистический, семантический) и прагматический аспекты (уровни), как её объективные и необходимые показатели. В своём сочетании они могут свидетельствовать о точности (либо, напротив, неточности) правовых норм и, соответственно, о степени совершенства уголовного закона как объективной характеристики его качества. В свою очередь, эти показатели весьма существенно влияют на технику уголовного законотворчества и на решение ряда важных проблем совершенствования уголовного законодательства.

Гносеологический аспект точности норм уголовного права предполагает, что в законе в обобщённом виде указаны лишь наиболее существенные и типичные признаки некоторого множества общественно опасных деяний (т.е. актов поведения человека) одного и того же вида (например, тайное похищение чужого имущества – “кража” – в ст. 185 УК), формы внешнего выражения которых, имея индивидуальные черты, в то же время (с правовой точки зрения) – тождественны или имеют черты существенного сходства. Причём в этих признаках должно диалектически сочетаться абстрактное и конкретное. Это означает, что в правовых нормах поведение субъектов (запрещённое или требуемое) описывается всегда в обобщённом виде путём вычленения и закрепления в законе видовых признаков, оптимально отражающих его содержание, свойственных всем конкретным формам данного вида (типа) преступного поведения. Такие признаки являются результатом абстрагирования, отвлечения от несущественных, неосновных черт такого поведения (обобщения).

В то же время они должны быть достаточно конкретными, чётко отражать особенности (своеобразие) актов поведения одного и того же вида (типа), их специфические черты, что и позволяет, в конечном счёте, индивидуализировать их, отличать от смежных преступных деяний и от деяний непреступных. Данные признаки должны оптимально отражать и социальные свойства преступления, прежде всего его общественную опасность. Они должны быть необходимы и достаточны для установления в действиях лица состава преступления, как

основания уголовной ответственности (ст. 8 УК). Преступное, т.е. общественно опасное, противоправное поведение субъекта может быть закреплено в диспозиции УК различным способом. Как правило, в ней описываются единичный вид (тип) такого поведения. Но иногда указывается в альтернативе несколько видов (типов) деяний; это диспозиция с альтернативными признаками. Отличаясь в известной мере формой внешнего выражения, альтернативные деяния в то же время обладают чертами существенного сходства, направлены на причинение вреда одному и тому же непосредственному объекту, поэтому являются однотипными, что и позволяет, в конечном итоге, объединять их в одном составе преступления. При этом перечень таких видов (типов) преступного поведения (деяний) в одних случаях бывают исчерпывающим, в других же закон наводит лишь их примерный перечень, который в таком случае должен завершаться обобщающей характеристикой (обобщающим термином). Формулирование открытых и незавершённых перечней недопустимо.

Логический аспект понятия "точность нормы уголовного права" выражает его связь с общими законами и правилами формальной логики и акцентирует внимание на том, что последние лежат в основе формулирования соответствующих норм и закрепления в них общественно опасных деяний, признаваемых преступлениями. При этом законодатель прибегает преимущественно к понятиям точного значения, которые характеризуются формальной определённостью, чёткостью, их объём и содержание строго фиксированы. Это позволяет точно определять объём соответствующих им явлений реальной действительности, устанавливать признаки, образующие содержание этих понятий, и таким образом правильно применять на практике уголовный закон. Наряду с понятиями точными в уголовном законе достаточно распространены оценочные понятия, объём которых весьма широк, а отражаемые в них объекты, нуждаются в оценке по схемам: "больше –меньше", "хуже – лучше". Формы проявления отображаемых ими объектов многообразны, признаки их образующие, не исчерпывающи и могут быть дополнены новыми, ранее неизвестными признаками. В настоящее время законодатель пошёл по пути раскрытия содержания таких понятий в примечаниях к статьям УК Украины, что во многом приближает их к формально определённым понятиям и выступает в качестве необходимого условия правильного применения уголовного закона и исключения возможной аналогии.

Семиотический (лингвистический, семантический) аспект означает, что термины, с помощью, которых в диспозициях статей УК описываются конкретные виды преступлений, оптимально отражают их действительное содержание. Это говорит о том, что словам или словесным комплексам (словосочетаниям), включённым в нормы УК, надлежит отличаться однозначностью, семантической жёсткостью, чётко соотноситься с понятиями, которые они призваны обозначать. Термины, употребляемые в нормах уголовного закона, независимо от того, являются ли они общераспространёнными, специально-юридическими, техническими или иными, должны быть лишены экспрессивности, при этом выступать особыми знаковыми единицами, чётко концентрирующими в

обобщённом виде (и в то же время достаточно конкретно) предельно высокий уровень знаний об уголовно-правовых явлениях, и однозначно их отражать.

Языку уголовного закона следует быть естественным, чётким, доступным и понятным, содержать необходимый объём информации относительно деяний, признаваемых преступными и наказуемыми. При определении в законе признаков преступления недопустимо употреблять слова искусственных языков, иностранного происхождения (при наличии в национальном языке), нечётких (размытых) терминов, допускать синонимию, полисемию, дублетность вследствие которых понятия, включенные в текст права, теряют точность и определённость как качественную свою характеристику и потому становятся зависимыми от контекста.

Прагматический аспект точности уголовно-правовых норм состоит в том, что при их формулировании в уголовном законе жёстко соблюдаются правила законодательной техники. Это значит, что в УК должны быть в чётком и завершенном виде изложены соответствующие институты Особенной части уголовного права, находящиеся в органическом единстве и взаимосвязи с институтами Общей части. Правовым дефинициям надлежит быть полными, ёмкими и в то же время краткими, лаконичными. Уголовный закон при формулировании правовых норм должен широко использовать не только традиционные приёмы, но и в силу необходимости нетипичные правовые предписания: юридические конструкции, юридические фикции, юридические презумпции, которые во многом обеспечивают правильное понимание и точное применение норм уголовного закона. Законодательной технике следует отвечать принципу системности изложения уголовно-правовых норм, отражать их взаимосвязь и взаимозависимость, исключать противоречия и пробельность. Соблюдение правил законодательной техники формулирования норм уголовного закона предполагает логически обоснованную его структуру, внутреннюю согласованность её. Последние должны быть расположены в логической последовательности: общие положения предшествуют специальным (конкретным); общие нормы предшествуют нормам специальным; последние соответствуют первым и соотносятся, как “часть” и “целое”. Прагматический аспект предполагает также оптимальное использование бланкетных диспозиций, которые в настоящее время составляют большинство в Особенной части уголовного права. Нормы уголовного права в них определяются как в диспозициях статей Особенной части УК, так и в нормах иных отраслей права (административного, гражданского, экологического, земельного и др.), которые, по отношению к уголовному закону являются субсидиарными и не заменяют норм последнего, а лишь дополняют, конкретизируют и уточняют их.

Изложенное позволяет сделать вывод, что гносеологический, логический, семиотический и прагматический аспекты (уровни) точности норм Особенной части УК образуют в своём сочетании определённую совокупность показателей (параметров), учёт которых в процессе правотворчества должен обеспечить оптимальное построение этих норм, отличающихся высоким уровнем качества. Это является необходимым условием формулирования в уголовном

законе точных составов преступлений (исключающих их “генерализацию”), как обязательного требования соблюдения законности в уголовном судопроизводстве. Категория “точность норм Особенной части УК”, позволяет, в свою очередь, реализовать принцип правовой определённости в уголовном праве обеспечивающий осуществление на практике принципа верховенства права как основополагающей идеи правового государства. Вот почему углублённая разработка проблемы точности уголовно-правовых норм, с целью совершенствования законодательной техники уголовного правотворчества, представляется, на наш взгляд полезной как теоретически, так и практически и потому является весьма актуальной.

Анотація

Панов М.І. **Проблеми чіткості норм Особливої частини кримінального права та удосконалення законодавчої техніки.** – Стаття.

Аналіз причин, що зумовлюють помилки у правозастосовній діяльності, свідчить про неясність, недостатню чіткість і повноту закріплення в нормах КК правових заборон і приписів. Чітке, зрозуміле, повне і доступне за формою викладення норм Особливої частини КК має важливе значення для правильної кваліфікації і розмежування злочинів, для визначення характеру і ступеня їх суспільної небезпеки, для призначення покарання, відповідного вчиненому.

Ключові слова: чіткість заборони, кваліфікація злочинів

Summary

Panov N.I. **Problems of norms’s exactness of of Special part of criminal law and improving of legislative technique.** – Article.

The analysis of the reasons which predetermine errors in law enforcement of activity testifies about an ambiguity insufficient strictness and completeness of norms which are consolidated in Criminal Code, legal interdictions and instructions. Accurate, clear, full and accessible statements of norms of Special part of Criminal Code of Ukraine has the great value for correct qualification and delimitation of crimes, for definition of character and degree of their public danger, to appointment of the punishment corresponding to a criminal conduct.

Key words: clearance of prohibition, crimes qualification

УДК 343.34

В.П. Тихий

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ БЕЗПЕКИ ЛЮДИНИ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ

Безпечне буття, існування вільне від фізичних та психологічних загроз – одне із головних стремлінь людини, суспільства, людства. Безпека завжди є благом і метою, які відповідають глибоким сподіванням людей.

Потреба людини у безпеці є однією з самих необхідних потреб. Її виробництво не може зупинитись ні на мить. Саме тому відповідно до Конституції України

© В.П. Тихий, 2010

безпека людини визначається в Україні однією з найвищих соціальних цінностей (ч. 1 ст. 3) [1, ст.3], утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3). Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55). На утвердженні і забезпеченні прав і свобод людини і ґрунтується (будується) її безпека, гідні, безпечні умови її життя.

Поряд з правом людини на безпеку у широкому смислі слова Конституція України закріплює право людини на безпеку в її власному (вузькому), буквальному смислі слова, тобто право на безпеку життя і здоров'я людини, на безпечні умови для життя і здоров'я, охорону останніх (ч. 2 і ч. 3 ст. 27, ч. 1 ст. 49). Це право конкретизується цілою низкою інших норм Конституції України, які передбачають право кожної людини на: безпечність продукції та всіх видів послуг і робіт (ч. 4 ст. 42), безпечні умови праці (ч. 4 ст. 43), безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушеннями цього права шкоди (ч. 1 ст. 50).

Положення Конституції України є основою законів та інших нормативно-правових актів у сфері безпеки людини.

До галузевого законодавства щодо безпеки людини відноситься законодавство про охорону здоров'я , праці, про дорожній рух, про цивільну оборону, про охорону навколишнього середовища, пожежної безпеки тощо.

Відповідно до ЦК України фізична особа має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту), на належні, безпечні умови праці, проживання, навчання тощо (ст. 293), на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю (ст. 282) [3, ст. 293, 282].

КК [2] забезпечує право людини на безпеку як нормами Загальної частини, так і Особливої частини. Злочином визнається не тільки діяння, яке заподіяло істотну шкоду фізичній особі, а й яке могло заподіяти таку шкоду (ст. 11 КК), тобто порушило безпеку людини, створило для неї небезпеку (можливість, загрозу, небезпечні умови) заподіяння їй істотної шкоди.

Як правило, порушення права людини на безпеку у злочинах з прямим умислом є етапом (стадією) вчинення відповідного злочину проти людини і тому, якщо злочин закінчений, він поглинає попередні етапи (стадії), вони не мають самостійного значення і не впливають на його кваліфікацію. Якщо життю, здоров'ю людини заподіяна шкода, то тим самим заподіяна шкода і її безпеці. У нормах Особливої частини КК сформульовані закінчені склади злочинів. Захищається як об'єкти кримінально-правової охорони, так їх безпека, зокрема, безпека людини.

Проте ці стадії (порушення безпеки людини) мають самостійне значення, якщо злочин не закінчений, тобто не доведений до кінця із причин, які не залежали від волі винного. У цих випадках порушення безпеки кваліфікується відповідно як готування до злочину або замах на злочин. Таким чином, норми інституту про незакінчений злочин разом з нормами Особливої частини КК захищають безпеку людини, як і безпеку інших об'єктів.

Добровільне припинення винним створеної ним небезпеки, її усунення, запобігання її реалізації, перетворення у фактичне заподіяння шкоди об'єкту, поновлення безпеки людини може свідчити про добровільну відмову від злочину або про наявність спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності.

При порушенні права людини на безпеку виникає право на необхідну оборону (ст. 36 КК). У цьому аспекті право на необхідну оборону, як і на затримання особи, яка вчинила злочин (ст. 38 КК) та право на заподіяння шкоди в стані крайньої необхідності можуть виступати формами забезпечення безпеки людини.

Вчинення злочину під впливом погрози, тобто при порушенні права людини на безпеку віднесено законодавцем до обставин, які пом'якшують покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК), а вчинення злочину загально небезпечним способом є обставиною, яка обтяжує покарання (п. 12 ч. 1 ст. 67 КК).

Ціла система норм Особливої частини КК передбачає відповідальність за порушення безпеки людини як за посягання на самостійний об'єкт кримінально-правової охорони. Це норми КК про певні погрози людині, про злочини, що становлять небезпеку для життя і здоров'я людини, які вчиняються у сфері медичного обслуговування (ст. 132, 138-145 КК), інші злочини, що становлять небезпеку для життя і здоров'я людини (ст. 134-137 КК).

Норми КК про відповідальність за злочини проти довкілля (екологічної безпеки), громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту охороняють відповідні види безпеки, а норми про злочини проти безпеки людства за визначенням забезпечують право на безпеку всіх людей, безпеку людства.

Порушення безпеки людини може бути і способом вчинення того чи іншого злочину, і тому законодавець надає йому обов'язкової ознаки простого, кваліфікованого або особливо кваліфікованого складу злочину.

Таким чином, кримінальна відповідальність за порушення безпеки людини в механізмі кримінально-правового впливу багатоваріантна і різного рівня.

Література

1. Конституція України. Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.
2. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26.
3. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної ради України. – 2003. – № 40-44.

Анотація

Тихий В.П. **Відповідальність за порушення безпеки людини в механізмі кримінально-правового впливую.** – Стаття.

Безпечне буття, існування вільне від фізичних та психологічних загроз – одне із головних стремлінь людини, суспільства, людства. Потреба людини у безпеці є однією з самих необхідних потреб. У статті аналізуються положення Кримінального кодексу України, що встановлюють відподальність за порушення безпеки людини. Безпечне буття, існування вільне від фізичних та психологічних загроз – одне із головних стремлінь людини, суспільства, людства. Потреба людини у безпеці є однією з самих необхідних потреб. У статті аналізуються положення Кримінального кодексу України, що встановлюють відподальність за порушення безпеки людини.

Ключові слова: безпека особистості, кримінальна заборона

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 РЕАЛИЗАЦІЇ

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 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 аддитівність, 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 біхеівористським 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.

© В.О. Туляков, 2010

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.

Доречи вільне застосування каральних заходів безпеки для мети терору у 30 рр. XX 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 особистостєй 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) 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 реакцію 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 чьотка система. Але. На жаль в ній не визначено головне.

Як на рівні доктрини відрізняти 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 но не сприйнятим 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 захищаемо?

Ми зіштовховуємося 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 диспозитівністю 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 легитімізована 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 посилання 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 зіштовховуємося 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 (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, оскількі 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 сьогодення 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 індетерміністьскої моделі, яка штовхається з усіх боків, оскільки природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхеівористським 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 Стокгольмскому 2009 плану дій) вони намагаються якимось чином уніфікувати деякі норми національного кримінального законодавства. Що вже казати про уніфікацію спортивного чи торговельного, медицінського 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 відчуваннь 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 зіштовховуватися 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 реализації.** – 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 сьогодення.

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

УДК 343.23

В.І. Шакун

ПРОТИПРАВНА ПОВЕДІНКА ЯК ПРАВОВА РЕАЛЬНІСТЬ

Характерною рисою сучасної кримінологічної науки є помітне зростання уваги до вивчення закономірностей впливу політичних, соціальних, правових, психологічних факторів на стан злочинності в Україні. Головними джерелами нових проявів злочинності та її видозмін на сучасному етапі суспільного розвитку України стала поспішність соціальних і політичних змін, до яких країна виявилась не готовою. Серед таких трансформацій суспільства кримінологічно значущими, на нашу думку, є недосконалість державного устрою, виборчого законодавства, належним чином не підготовлений перехід від планової до ринкової економіки. Втрата соціальних досягнень призвела до загострення антагонізму між бідністю і багатством, який став одним з головних чинників протиправної поведінки більшості членів суспільства. На тлі цих перетворень людина перестала відчувати себе особистістю в суспільному середовищі, набуваючи крайньої межі індивідуалізації. Характеризуючи нинішню криміногенну ситуацію в Україні, необхідно зауважити, що вона як за масштабами, так і впливу на суспільство, являє собою якісно новий феномен.

Дійсно, криміногенна ситуація, що склалася в Україні вимагає необхідність більш об'єктивного, глибокого і всебічного, чим це робилося раніше, погляду на численні проблеми кримінологічної профілактики. В Україні наростає протиріччя між інститутами влади і суспільства. Інколи складається враження, що у нас взагалі існують дві країни. Причому, одна країна намагається вижити, друга – живе в якомусь іншому вимірі, де інші пріоритети, цінності, інша система координат. При цьому, система зворотного зв'язку взагалі відсутня, а влада поступово набуває рис антинародного режиму.

Незалежно від форми державного устрою політичної системи всі соціальні процеси і явища, які в ньому відбуваються тісно між собою пов'язані і взаємозалежні. Протиправна поведінка як негативне соціальне явище стала наслідком існуючих економічних відносин ,політичних процесів, стану правової системи. У наслідок суттєвих прорахунків у державотворенні та побудові економіки Україна втратила можливість забезпечити безпеку у суспільстві.

До того ж в Україні, по суті, розвалена система протидії злочинності. Держава протягом тривалого часу так і не спромоглась розробити будь-яку ідеологію, як комплекс цінностей, на які б мало орієнтуватися суспільство. І як наслідок, більша частина людей виявилась втягнутою у протиправну поведінку, яка супроводить їх народження, отримання освіти, кар'єру і, навіть, смерть. Негативні перспективи являє собою протиправна поведінка дітей, які досягли підліткового віку.

Очевидно, що вирішення економічних проблем автоматично не спричинить моральне і кримінологічне благополуччя в Україні. У будь-якому суспільстві існує певна частина людей, які не задоволені своїм матеріальним станом, з

© В.І. Шакун, 2010

особливостями психологічних і соціальних відносин, генетичними аномаліями тощо. Це означає, що певний рівень злочинності буде існувати завжди.

При цьому необхідно виходити з методологічної тези, що зміна форм власності і розвиток ринкової економіки не передбачають знищення соціально-правового контролю, навпаки, ці процеси передбачають чіткі правові установки. Окрім цього, економічні реформи не повинні мати метою 25-30-ти кратний розрив між багатими і бідними, як це відбувається в Україні. Таким чином, відсутність науково обґрунтованої системи економічних перетворень послужило причиною втрати більшістю законослухняного населення грошових заощаджень, звичних раніше соціально-економічних прав і гарантій. Злиденність значної частини населення, посилення соціально-економічної диференціації (в тому числі, за рахунок, кримінального збагачення), втрата громадянами віри в дієздатність владних структур захищати їх життєво важливі інтереси, відсутність практики проведення наукових кримінологічних експертиз – все це, об'єктивно сприяє тому, що значна частина населення обирає варіанти протиправної поведінки.

Теорія протиправної поведінки як невід'ємна складова аналізу суспільних процесів не може бути відстороненою від цих методологічних новацій. Особливої ваги відповідна констатація набуває за умов, коли йдеться про аналіз трансформаційних процесів сучасного українського суспільства, основному суб'єкту якого – людської особистості притаманна складана внутрішня структура, коли кожен з цих суб'єктів може поводитися за однакових умов по різному.

Необхідність радикального оновлення методології кримінологічного аналізу відповідно до принципів складних систем визначається, насамперед, саме цією обставиною. У моєму розумінні ключовою позицією у такому оновленні є переорієнтація кримінологічного аналізу злочинності на першооснову, де ключовим є протиправна поведінка. Одним словом від узагальнених підходів до аналізу злочинності, до вивчення протиправної поведінки індивідуалізованої особи. Йдеться про надзвичайно складні, ще належним чином не осмислені кримінологічною наукою процеси, пов'язані з набуттям пост матеріальними потребами та інтересами людини провідного значення, з персоніфікацією особистості як суб'єкта протиправної поведінки.

Дискусії навколо цієї проблеми поляризували думки вчених щодо вивчення феномена злочинності та факторів, що на неї впливають. У різні роки видано низку наукових праць відомих учених, які сформували сучасні напрями вивчення злочинності та засоби протидії їй. Серед них варто згадати Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.В. Голіну, В.К. Грищука, І.М. Даньшина, О.М. Джужу, В.М. Дрьоміна, А.П. Закалюка, А.Ф. Зелінського, О.М. Костенка, О.М. Литвака, О.Ф. Лопушанського, А.П. Тузова, В.А. Тулякова, І.К. Туркевич, П.Л. Фріса, та багатьох інших.

Одним із факторів, що впливають на протиправну поведінку, є суттєва втрата авторитету державної влади через хронічне невиконання нею взятих зобов'язань. Зокрема, задекларовані чотири роки тому здійснення адміністративної реформи та закріплене у Програмі діяльності Кабінету Міністрів України "Назустріч людям". Віддамо належне, ідеєю адміністративної реформи

періодично переймалася не одна урядова команда, наслідком чого, як правило, ставало збільшення кількості чиновницького апарату. Тим часом події останніх місяців поточного року у різних сферах економічного і суспільно-політичного життя супроводжуються дедалі більшими труднощами, пов'язаними передусім з недосконалістю існуючих в Україні механізмів організації влади.

Доводиться шкодувати, що Україна так і не приступила до реалізації розробленої Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права Концепції реформування кримінальної юстиції, тим більше, що нинішня її модель давно вичерпала свої можливості і суперечить політичним, економічним та соціальним реаліям розвитку держави. Зазначені вище державні інститути продовжують працювати за старими методами, сформованими ще у довоєнний період минулого століття. Влада неодноразово намагалася здійснити реформу у цій сфері, але, як у нас прийнято, все зводилось лише до косметичних змін та вимивання найбільш професійного ядра працівників. Таким чином, держава не забезпечила належного рівня управління реформами і втратила контроль над кримінальною ситуацією, повернути який доволі складно. Визначальним тут є формування нових кримінологічних теорій, які сприяли б реформам та забезпечили надалі більш ефективну роботу органів кримінальної юстиції.

В останні роки юридична наука зробила відчутні кроки щодо принципового оновлення теоретичного інструментарію системних досліджень адаптації метафізичних та синергетичних засад аналізу методології кримінологічних досліджень. Подана доповідь є по суті спробою застосування принципів відповідної методології до сучасних виявів протиправної поведінки, яка практично не вивчалась кримінологічною наукою і поступово набуває загрози національній безпеці. Зауважимо, що ми не претендуємо на створення якоїсь нової теоретичної моделі протиправної поведінки, а лише намагаємось привернути увагу до вимоги сучасності, пов'язаною зі зростаючою злочинністю, прогресуючими правопорушеннями, іншими трансформаціями, які впливають на злочинність і стосуються реалізації логіки суспільного розвитку. Щоб зрозуміти сутність поставленої проблеми, спробуємо знайти відповідь на цілком природне запитання: Чому, незважаючи на значну кількість кримінологічних досліджень, чимало з яких відзначені докторськими ступенями, практично жодного разу, за останнє десятиріччя, не лише науковцями, а й прикладним аналітикам не вдавалося завчасно передбачити розгортання кримінальних процесів в Україні? Звісно, в кожному конкретному випадку можуть мати місце найрізноманітніші пояснення, однак серед них слід виділити головне – відсутність фундаментальних досліджень причин злочинності, як складного за своїм змістом системного явища, що не обмежується параметрами суто кримінологічних детермінантів. Ця ж обмеженість дається взнаки і при визначенні специфіки протиправної поведінки, яка й формувала зростання злочинності останніх десятиріч. Можна вести мову про вплив на злочинність економічних, соціологічних, правових монетарних чинників. Однак, кожен з цих, достатньо значущих чинників, взятий відособлено, не може претендувати на виявлення загальних закономірностей впливу на злочинність як функціонального системного явища. Все це

нині є доволі очевидним, що з усією повнотою підтверджує стан злочинності в Україні. І наука, природно, не має права цю очевидність обминати.

Саме тому, ми порушуємо проблему методологічного оновлення наявного інструментарію аналізу феномену злочинності, який сформувався у вітчизняній кримінологічній теорії. Центральним у цьому нами вбачається проблема наукових обґрунтувань субординації різноманітних типів протиправної поведінки, їх втілення на рівнях міжсистемних і субсистемних трансформацій, які у реальній дійсності взаємодіють одна з одною, формуючи на цій основі структурну цілісність злочинності, її динамічні закономірності. Можна сперечатися з приводу впливу на злочинність, щодо меж такого впливу, притаманну сучасним економічним, соціальним і правовим трансформаціям, однак в усіх випадках ми ведемо мову про причини і умови протиправної поведінки, яка формує амплітуду її впливу на злочинність. Для більшої аргументації авторської позиції звернемось до визначення ключових категорій, які використані в роботі.

Останнім часом з'явилась низка наукових праць, достатньо авторитетних вчених-правознавців, де увага зосереджується на визначенні правової реальності. Так, правова реальність, за словами С.І. Максимова, складається з наступних рівнів (форм буття права): 1) світу ідей (ідеї права); 2) світу знакових форм (правові норми й закони); 3) світу взаємодії між соціальними суб'єктами (правове життя). Кожний з цих рівнів, відповідно, має специфічні тимчасові характеристики[1].

В свою чергу Оборотов І.Г. висловлює сумніви щодо такого визначення і вказує на наявність проблеми можливої неузгодженості цих трьох різновидів правової реальності, внаслідок чого правові ідеї, законодавство й правова поведінка виявляються незбалансованими, а право в цілому втрачає левову частку від здатності до впорядкування.

Поділяючи точку зору відомого вченого зауважимо, що правова реальність має поставати як щось ціле, монолітне, де ця монолітність забезпечується внутрішньою єдністю і погодженістю між вищезгаданими пластами правової реальності. За справедливим зауваженням О.В. Петрова "Будь-яка емпірична правова реальність за зовнішньої многоликістю і динамічністю виявляє незмінний стрижень; містить в собі те необхідне, що робить її, де б і коли б вона не існувала, самототожньою, рівною, адекватною самій собі"[2].

Тим часом, під протиправною поведінкою прийнято розуміти поведінку, яка порушує встановлений у державі правопорядок і може виражатися як у діях, так і у бездіяльності фізичних або юридичних осіб[3].

Спираючись на думку авторитетних вчених, спробуємо визначити протиправну поведінку як правову реальність у контексті даної публікації На наш погляд,

---

[1] Максимов С.І. Правова реальність як предмет філософського осмислення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юридичних наук. – Харків, 2002. – С. 21.

[2] Петров А.В. О методологических подходах к определению категории сущности права / Петров В.А.// Вестник Нижнегородского университета им. Лобачевского (Серия право). – 2003. – Вып. 1.

[3] Оніщенко Н.М. Протиправна поведінка / Н.М. Оніщенко // Юридична енциклопедія: [в 6 т.] / редкол.: Ю.С. Шемшученко [та ін.]. – К.: Укр. Енцикл., 2003. – Т.5: П-С. – С. 175.

правова реальність – це сукупність правових норм та інших (як позитивних, так і негативних) проявів права, які характеризують реальний рівень існуючої юридичної дійсності. А юридична дійсність в Україні така, що протиправна поведінка стала нормою життя для переважної більшості членів суспільства, яке змирилось до проявів протиправної поведінки усіх гілок влади на усіх її рівнях.

За таких умов, ми висуваємо гіпотезу про те, що толерантне ставлення суспільства до протиправної поведінки закладають умови її поступової трансформації у злочин.

Звісно йдеться лише про тенденції наукового пошуку, про процеси, які ще не набули завершених форм і відображають специфіку суспільних трансформацій у сучасній Україні.

У контексті висловленого, можна вести мову про процеси, які відображають утвердження якісно нових за своїм змістом основ кримінологічної профілактики – врешті-решт, кримінології людини.

Саме такі підходи можуть дати відповідь: Чому в Україні система протидії злочинності існує виключно у працях вчених? Уже сама постановка питання про перспективи сучасних кримінологічних трансформацій потребує внесення принципових коректив у методологію вивчення протиправної поведінки. Мається на увазі подолання однобічності кримінологічного детермінізму на принципах якого формуються нинішні теоретичні уявлення щодо логіки природи злочинності . Не заперечуючи існуючі методологічні підходи, все ж, зауважу, що вони не можуть абсолютизуватись.

Таким чином, наведене дає всі підстави дійти таких висновків:

1) протиправна поведінка набула в Україні правової реальності. Причому форм протиправної поведінки безліч, і вона стала звичною для більшої частини суспільства. Вона змінюється залежно від багатьох чинників, пристосовуючись до змін у суспільстві. Цей безупинний процес руху і зміни відбуватиметься допоки існує людство. Наукові відкриття останніх років у галузі фізики, фізіології, біології змінюють наше уявлення про походження людини і мотиви її поведінки. Визнання факту існування субстанції, яку прийнято іменувати душею, та обдарованість окремих людей передбачати майбутнє тієї чи іншої людини відкривають нові можливості прогнозувати поведінку людини, в тому числі й протиправну.

Зрозуміло, окремі форми проявів протиправної поведінки можна прогнозувати, враховуючи досвід країн, що вже пройшли відповідну стадію розвитку. Проте на практиці це робити доволі складно, навіть за умови, коли ті чи інші форми злочинності мали б неодмінно з'явитися. Безумовно, кримінологи та політики повинні були передбачити, що зі зміною суспільно-політичного устрою в Україні протиправна поведінка набуватиме нових форм. Прогнозувати появу нових форм протиправної злочинності, хоч і складно, проте цілком можливо. Як відомо, злочинність не стоїть на місці. У злочинному середовищі є багато посвоєму талановитих людей, які використовують для своїх протиправних діянь найсучаснішу техніку і новітні технології. Законодавство завжди відставатиме

від кримінальної оцінки нових форм злочинності й чинитиме обмежений вплив на криміногенну ситуацію в суспільстві;

2) зростання безробіття, що призвело до криміналізації різних верств суспільства, збільшення кількості самогубств викликали вороже ставлення до соціальних змін і загальну агресивність. Втрата соціальних традицій, моральних норм стала наслідком відмови від традиційних цінностей, розвитку аномії у суспільстві, поширення протиправної поведінки у всіх сферах життя. Надзвичайно велика кількість осіб, які вчинили правопорушення і не понесли встановленої законом відповідальності, набуває в Україні загрозливих розмірів і може перерости в масові заворушення. Таке становище можливе за умови, коли не вживатимуться невідкладні заходи щодо подолання різниці між кількістю зареєстрованих заяв і повідомлень про злочини та притягненням винних до відповідальності, серед яких майже третина, що вчинили їх повторно. Необхідно зауважити, що в Україні покарання у вигляді позбавлення волі не повною мірою виконує свої функції, позаяк кількість зареєстрованих злочинів від нього майже не залежить;

3) подальший розвиток кримінологічної науки в Україні має спиратися на синергетичні підходи, тобто на міждисциплінарне поле досліджень, врахування загальних принципів, які керують поведінкою систем, що самоорганізуються. У межах цієї парадигми за умови запровадження нових методів дослідження та відповідного понятійного апарату варто очікувати на появу нових теорій, що пояснюють злочинність. При цьому бажано, щоб вчені не віддавали повну перевагу якомусь конкретному науковому напряму і не боялись конкуренції теорій. Саме різновекторні підходи дають змогу подати справжній стан злочинності в Україні. Практичний бік реалізації наукових кримінологічних теорій має полягати у втіленні отриманих результатів у діяльність органів державної влади, обов'язком яких є протидія злочинності, забезпечення прав і свобод громадян.

Література

1. Максимов С.І. Правова реальність як предмет філософського осмислення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юридичних наук. – Харків, 2002.
2. Петров А.В. О методологических подходах к определению категории сущности права / Петров В.А. // Вестник Нижнегородского университета им. Лобачевского (Серия право). – 2003. – Вып.1.
3. Оніщенко Н.М. Протиправна поведінка / Н.М. Оніщенко // Юридична енциклопедія: [в 6 т.] / редкол.: Ю.С. Шемшученко [та ін.]. – К.: Укр. Енцикл., 2003. – Т.5: П-С. – С. 175

Анотація

Шакун В.І. **Протиправна поведінка як правова реальність.** – Стаття.

Криміногенна ситуація, що склалася в Україні вимагає необхідність більш об'єктивного, глибокого і всебічного, чим це робилося раніше, погляду на численні проблеми кримінологічної профілактики. Протиправна поведінка як негативне соціальне явище стала наслідком існуючих економічних відносин, політичних процесів, стану правової системи. У наслідок суттєвих прорахунків у державотворенні та побудові економіки Україна втратила можливість забезпечити безпеку у суспільстві.

Ключові слова: протиправна поведінка, відповідальність

Summary

Shakyn V.I. **Unlegal conduct as a legal reality.** – Article.

The criminogenic situation which has developed in Ukraine demands more objective, deep and all-round a sight at numerous problems of criminological preventive maintenance. Illegal behavior as the negative social phenomenon became a consequence of existing economic relations, political processes, and conditions of legal system. In a consequence of essential miscalculations in creation of the state and economy construction Ukraine has lost possibility to provide safety in a society.

Key words: deviant behaviour, criminal responsibility

УДК 343.2.01

Е.Л. Стрельцов

ЗАДАЧИ, ФУНКЦИИ И МЕХАНИЗМ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Уголовное право по своему назначению является составной частью социального контроля, который должен существовать в любом цивилизованном обществе. В целом социальный контроль, как известно, представляет собой совокупность механизмов и процессов, которые позволяют обществу обеспечить нормативно упорядоченное поведение граждан. В этом процессе, как принято считать, в сложной интерпретации воплощаются и сознательная управленческая деятельность (социальное управление и правовое регулирование), и, условно говоря, стихийные механизмы регулирования поведения (обычаи, традиции и т.п.). Общество и индивид, гражданин и государство – таковы взаимодействующие элементы системы социального контроля [1, 9]. В таких условиях криминализация и декриминализация, иные подобные процессы, как важные составляющие общей системы социального контроля, всегда должны надлежащим образом отражать, преломлять через свою сущность и официально закреплять намерения государства в сфере противодействия преступности.

Однако, это общие методологические подходы к пониманию содержания уголовного правового воздействия. Для того, чтобы раскрыть это содержание, наиболее точно сформулировать задания, которые общество может поставить уголовному праву, необходимо выделить задачи, функции и механизм уголовного права.

Начать это анализ следует начать с общего определения уголовного права. Уголовное право традиционного понимается как отрасль публичного права, которое регулирует особые отношения между государством и гражданами, складывающиеся посредством того, что именно государство определяет, какие посягательства против социального правопорядка является преступлениями, и какие меры воздействия следует применить к лицам, которые их совершают. Если говорить более просто, то уголовное право эта такая отрасль публичного права, которая существует для защиты общества от наиболее общественно опасных посягательств. Его основные положения, как представителя континентального типа права, закреплены в: ч. 3 ст. 3 УК “Преступность деяния, а также

© Е.Л. Стрельцов, 2010

его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим кодексом", ч. 1 ст. 11 УК "Преступлением является предусмотренное настоящим Кодексом общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом преступления" и др., т.е. оно имеет в качестве источника писанные нормативные акты – законы в формальном значении этого понятия, Хотя в последнее время это начинает подвергать определенной ревизии, например, за счет изменений правовой природы некоторых источников уголовного права, например, судебной практики.

Возникают определенные сложности и при определении задач уголовного права. По нашему мнению, содержательно такую задачу во многом, возможно, раскрыть, анализируя объект уголовно-правовой охраны. Тут также в последнее время с разной степенью насыщенности возникает дискуссия о понятии и содержании объекта уголовно-правовой охраны. Наряду с традиционными определениями, появляются и иные формулировки, причем многие из них либо привносят к нам зарубежные определения, либо "возрождают" те, которые ранее уже обговаривались. Не развивая сейчас эту дискуссию, которую следует, по нашему мнению, всегда следует разумно продолжать, позвольте высказать свою позицию, которая в общих чертах заключается в следующем. Как бы мы не назвали то, что призвано охранять уголовное право, сохраняя при этом уважительное отношение к любым существующим научным взглядам и позициям, существует одно кардинальное положение, которое всегда следует учитывать. Государство, общество, любое организованное сообщество людей строится, в первую очередь, на отношениях между людьми, а в социализованных сообществах и структурах, такие отношения приобретают характер социальных связей или социальных общественных отношений[1]. Социальные отношения между социальными субъектами могут устанавливаться в обществе в связи с самыми различными целями, например, становления и развития личности; удовлетворения материальных, социальных и духовных потребностей; по поводу их равенства и справедливости в распределении материальных благ; охраны основных социальных интересов и др. За счет чего в целом достигаются провозглашенные идеалы, существующие ценности, преследуемые в обществе интересы? В первую очередь, именно за счет установленного в этом сообществе людей порядка взаимоотношений между ними.

Исходя из такого подхода, предложим следующий тезис для обсуждения. Определенное благо это цель, порядок его достижения – это средство. Невозможно нарушить благо, не нарушив порядок его существования, его функционирова-

[1] Как считают социологи, социальные общественные отношения – это система нормированных взаимодействий между людьми по поводу чего-то связывающего их (например, предметы, интересы и др.). Социальные отношения могут существовать между людьми и опосредованно, при котором участники этих отношений могут и не знать существовании друг друга. В таких случаях, взаимодействие между людьми осуществляется не за счет субъективного ощущения обязанности или намерения поддерживать данные отношения, а за счет институциональных учреждений более широких обязанностей. В целом социальные отношения функционируют в рамках социальных институтов и регулируются механизмом социального контроля. Див, VuzLib.net

ния. Но из чего складываются такой порядок, или порядок, основанный на определенных правилах, или, говоря более предметно – правопорядок. Именно на взаимоотношениях людей, на социальном порядке отношений, которые выстраиваются благодаря праву.

Они, как указывалось, могут создаваться и выстраиваться для достижения, сбережения, существования и др. каких-то социальных благ; ценностей, которые важны для данного общества; интересов, которые защищает это государство и т.д. Но, еще раз подчеркнем, в своей основе все это должно опираться на обязательное соблюдение тех установленных отношений, тех социальных связей, которые выстраиваются в конкретном государстве. Поэтому, посягательство на определенные социальные ценности, нарушение при этом каких-либо социальных благ и интересов, происходит, в первую очередь, за счет того, что нарушаются установленные социальные отношения, нарушается, затрудняется функционирование, а в определенных случаях и разрушаются социальные связи того социального механизма, социального правопорядка, который установлен в данном обществе и в основе которого лежат такие связи между людьми.

Поэтому при совершении определенных деяний, сначала, по нашему мнению, страдает порядок, а потом результат. Дискуссия, которая идет, по большому счету не учитывает того, что при обсуждении в ней разделяются, возможно, внешне неодинаковые, но внутренне взаимно составляющие стороны этой единой цепи: процесс и результат.

В связи с этим, для определенных отраслей права, в том числе и для уголовного, основной задачей является охрана существующих социальных связей, установленных в данном обществе отношений между людьми от определенных нарушений, а для уголовного права – от наиболее опасных нарушений. Мы ведь не зря говорим общественно опасное посягательство. В такое определение мы по существу вкладываем понимание того, что посягательство только тогда “набирает” необходимую опасность, когда оно обладает признаками деяниями, подчеркивающими, “отражающими” его общественно опасный характер. Такой его характер, по нашему мнению, и проявляется в том, что такое деяние посягает на общественные отношения, на те социальные связи, которые установлены в конкретном обществе, на тот социальный правопорядок, который существует в государстве. Иные определения, по нашему мнению, только дополнительно уточняют то предметное содержание конкретного общественного отношения или группы общественных отношений, которые могут быть нарушены в результате совершения преступления.

Различные точки зрения, которые высказываются по этому поводу, по большому счету, как выше указывалось, не противоречат друг другу. Они, по нашему мнению, “просто” с разных позиций, используя неодинаковые подходы, пытаются определить, что же конкретно нарушается при совершении преступления: провозглашенный идеал или процесс поддержания, функционирования такого идеала в обществе в стабильном, “нетронутом” состоянии.

Говоря об этих содержательных моментах, следует более детально определиться и с более точным формальным закреплением того, что призвано охранять

уголовное право, так как точность в таком определении сможет и более точно определить его внутреннее содержание.

Если говорить в самых общих чертах, то постоянная “конкуренция” при этом возникает между двумя основными определениями: “объект уголовно-правовой охраны” и “объект преступления”. Важно учитывать, что одно и то же общественное отношение, которое находиться в сфере уголовного права, может выступать как объект уголовно-правовой охраны и объект преступления. Однако, на протяжении определенного времени мы пытаемся показать, что эти понятия синонимами не являются. Социальные связи между людьми, общественные отношения между людьми становятся объектом уголовно-правовой охраны с того момента, когда уголовное право, берет их под свою защиту. Пока нет преступного посягательства, общественные отношения, взятые под охрану уголовным правом, существуют как объект уголовно-правовой охраны, а уже после совершения преступления – появляется объект преступления или та группа общественных отношений, которые страдают (нарушаются) в результате совершения преступных деяний [2, с. 81-82].

Во многом, такое понимание задач и заданий уголовного права позволяет определить и основную функцию уголовного права. Тут существует практическое единомыслие в определении основной функции. Традиционно принято считать, что такая функция закреплена в ч. 1 ст. 1 Уголовного кодекса, в которой закреплено, что ей является охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, окружающей среды, конституционного строя Украины от преступных посягательств, а также предупреждения преступлений. Однако, анализируя более детально такую функцию, следует учитывать, что и регулятивная функция присуща уголовному праву [3, с. 9-10]. Это позволяет говорить о том, что охраняя определенные общественные отношения, уголовное право тем самым, более опосредовано, способствует и их регуляции. В свою очередь, это дает возможность более точно понять как существование объекта уголовно-правовой охраны, так и возникновение объекта преступления. Определяя объекта уголовно-правовой охраны, уголовно-правовые предписания не только определяют преступное поведение, но и дают людям совершенно четкие представление и модели правомерно поведения, что также подчеркивают регулятивную функцию уголовного права.

Указанная функция должна реализовываться через определенный механизм. Именно наиболее точное установление уголовно-правового механизма придает такой функции наибольшую эффективность. Тут также возможно научное обсуждение. Например, для установления такого механизма, необходимо проанализировать взаимосвязь уголовной ответственности (во всех известных аспектах) с различными уголовно-правовыми категориями, в том числе: уголовно-правовой нормой, ее санкцией, уголовно-правовым отношениям, правомерным и противоправным поведением субъекта и др. Однако, несмотря на возможные дискуссии, подобные обсуждения представляются весьма полезными, так как способствуют установлению более точных задач и целей, в конце концов, социальных возможностей уголовной политики в сложных современных условиях.

Литература

1. См.: Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация). – М.: Наука, 1982. – С. 304.
2. См.: Уголовное право Украины: Общая часть: Учебник / Отв. Редактор доктор юрид. наук, профессор, заслуженный деятель науки и техники Украины Е.Л. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2009. – 344 с.
3. См.: Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борісов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ–Харків: Юрінком Інтер–Право, 2001. – 416 с.

Анотація

Стрельцов Є.Л. **Завдання, функції і механізм кримінального права.** – Стаття.

Феномен глобалізації є одним із найзначніших факторів розвитку сучасного національного та міжнародного суспільства. Це встановило серйозні задачі з перед законом, котрі мають врегулювати такі процеси. Його власні цілі встановлені перед кримінальним правом, котрі слугують для захисту найважливіших інтересів суспільства. Однак, наряду з догматичним розумінням, розуміння правил та інструкцій кримінального права "пристосовано" сучасністю.

Ключові слова: Кримінальне право, глобалізація

Summary

Strelcov E.L. **Tasks, functions and mechanism of criminal law.** – Aarticle.

The globalization phenomenon is one of the most substantial factors of modern national and international social development. This sets serious tasks before the law that must regulate such processes. Its own objectives are set before criminal law, which serves to protect the most important social interests. However, along with the dogmatic understanding, the understanding of the rules and regulations of criminal law is "adjusted" by modernity.

Key words: Criminal law, globalization

УДК 343.2.01(37+477)

С.Я. Лиховая

РИМСКИЙ СТАТУТ И ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ДОКТРИНА УГОЛОВНОГО ПРАВА – ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Основные проблемы, которые возникают в уголовном праве Украины – как в отрасли права, так и в уголовном законодательстве, связаны с гармонизацией отечественного законодательства и законодательства стран-участниц Европейского Союза. Сегодня значительное количество стран можно поделить на те, которые уже вошли в Европейский Союз и таким образом взяли и уже исполнили взятые на себя обязательства и внесли соответствующие изменения в свое уголовное законодательство и те, которые упорно пытаются стать членами Европейского Союза и, как бы, авансом вносят изменения в уголовное законодательство своих стран, не смотря на то, что это вызывает определенные проблемы, как в доктрине, так и в правоприменительной деятельности.

Сегодня все страны Европейского Союза можно поделить на три группы: Латвия, Литва, Эстония – страны, которые входили в состав СССР и уголовное

© С.Я. Лиховая, 2010

право которых имеет общую правовую традицию с уголовным правом Украины в силу исторических обстоятельств; Польша, Румыния, Чешская Республика, Венгрия, Болгария, Словакия, Словения – уголовное законодательство этих, так называемых, постсоциалистических стран также испытало определенное влияние социалистического права; и собственно страны, которые составили основу Европейского Союза, и уголовное законодательство которых всегда развивалось вне рамок социалистической правовой доктрины.

Ни для кого не секрет, что сегодня Украина взяла четкий курс на вступление в Евросоюз и, при этом, перед ней встал ряд серьезных проблем как экономического, так и политического характера. Но сегодня я хочу остановиться только на некоторых, которые касаются изменений, которые наша страна должна внести и уже попыталась внести именно в УК Украины. Я хочу коснуться проблемы гармонизации законодательства Украины и Римского Статута, на базе которого действует Международный уголовный суд.

Украина подписала Римский Статут еще 20 января 2000 г., а 1 июля 2002 г. вступил в силу договор о создании Международного уголовного суда. Теперь перед Украиной стоит вопрос о ратификации Римского Статута и о пересмотре уголовного законодательства в плане соответствия его положений и норм уголовного законодательства Украины. Основу сотрудничества национальных органов стран, ратифицировавших Римский Статут и Международного уголовного суда лежат конкретные уголовные деяния.

С одной стороны, Римский Статут уже подписан, и, скорее всего, не стоит сейчас, спустя 10 лет, поднимать вопрос о том, стоило это делать или нет. Очевидно, тогда стоило, ибо Украина пошла по пути большинства европейских государств, подписавших Римский Статут. Но Римский Статут сегодня Украиной не ратифицирован. Конституционный Суд Украины вынес решение по делу о Римском Статуте (от 11 июля 2001 г.), суть которого состоит в том, что Римский Статут не соответствует Конституции Украины в части положений о том, что этот орган дополняет национальные органы уголовной юстиции.

Например, в ст. 27 Римского Статута говорится о недопустимости ссылки на должностное положение. Это не соответствует положениям Конституции Украины о том, что Президент, народные депутаты и судьи пользуются правом неприкосновенности. Не соответствует положение ст. 89 Римского Статута положению Конституции Украины о том, что гражданин Украины не может быть выдан другому государству и международным органам уголовной юстиции. В соответствии с положением Конституции Украины, функции судов могут выполнять только судебные органы, созданные в соответствии с Конституцией Украины.

Государства, подписавшие и ратифицировавшие Римский Статут, признают его юрисдикцию, а это не согласуется с Конституцией Украины, в которой говорится, что в нашей стране не допускается осуществление власти через международные органы. Названо еще ряд положений, которые представляются как несоответствующие, а, по мнению автора, тут более уместно слово “невыгодные” для Украины.

Но, в то же время, в указанном Решении изложены и серьезные возражения Министерства иностранных дел, которое считает, что Римский Статут может быть ратифицирован и без внесения изменений в Конституцию Украины. При этом указано, что Украина предусмотрела в своем законодательстве уголовную ответственность за целый ряд преступлений, предусмотренных в Римском Статуте – геноцид, нарушение законов и обычаев войны, пропаганда войны и ряд других. Это было сделано вследствие ратификации международных конвенций – четырех Женевских и ряда других, еще до принятия Конституции Украины 1996 г. Кстати, в УК Украины преступление "Геноцид" сформулировано дословно как в ст. 6 Римского Статута.

Таким образом, перед Украиной стоит вопрос – каким образом изменить внутреннее законодательство страны, чтобы оно соответствовало законодательству международного сообщества, и, в частности, нормам Римского Статута?

Если же этого не делать, то как решить вопрос о вхождении Украины в европейскую правовую систему и следовало ли в 2000 г. подписывать этот документ?

Наиболее серьезные проблемы возникают тогда, когда положения Римского Статута касаются доктрины уголовного права Украины. В других, более простых случаях, "приспособление" норм УК Украины происходит путем внесения изменений в действующее законодательство якобы для его усовершенствования. Например, дополнить ст. 9 УК Украины "Правовые последствия осуждения лиц за границей Украины" словами "и по решению Международного уголовного суда", дополнить статью "Исполнение приказа или распоряжения" словами "приказа или распоряжения совершить геноцид или иные преступления против человечности". Таким образом, мы текстуально приблизили бы наше законодательство к Римскому Статуту. Хотя, лично я не считаю такой способ научным и корректным. Это называется имплементация норм международного права в законы Украины без внесения изменений в Конституцию Украины. Но, идя по такому пути, мы утратим смысл, заложенный в Римском Статуте, нивелируем саму идею создания Международного уголовного суда. Сегодня не все политические деятели, ученые и просто граждане разных стран однозначно относятся к идее создания Международного уголовного суда. И, все же, даже самые суровые критики не могут отрицать того, что сама идея международного уголовного правосудия медленно, но верно оказывает благоприятное воздействие на сознание людей, формируя новое международное правопонимание, способствуя утверждению великой идеи о верховенстве прав и свобод человека и их самоценности. Это безусловная победа не только сторонников идеи создания Международного уголовного суда, но и всех потенциальных жертв совершаемых по сей день тяжких международных преступлений [1, с. 35].

Но в Римском Статуте предусмотрены положения, к которым следует отнестись более серьезно и простым внесением изменений в УК Украины тут ограничиться, очевидно, не удастся.

Положение ст. 28 Римского Статута об ответственности командиров и других начальников, т.е. то, что мы называем "командной ответственностью"

не "вписывается" в доктрину уголовного права Украины. В Римском Статуте ответственность начальников (командующих) за правонарушения их подчиненных базируется на положении ст. 25/III/b в которой криминализированы различные типы подстрекательства (приказ, просьба, принуждение) к преступлениям, подпадающим под юрисдикцию Международного уголовного суда. В ст. 28 Римского Статута предусмотрена командная ответственность, совершаемая в форме бездействия, что означает ответственность для военных командиров (и лиц, действующих как военные командиры), других начальников, которые не имеют статуса военного командира (члены правительства, лидеры политических партий и движений), которые пренебрегли своими обязанностями и не предприняли всех необходимых и достаточных мер, соответствующих их властным полномочиям, чтобы предотвратить преступления или привлечь к ответственности своих подчиненных, совершивших преступление. В первом случае (когда речь идет о военных лицах или лицах, выполняющих функции военных) халатность является достаточным основанием для признания их ответственности за преступления, совершенные их подчиненными (в Римском Статуте это положение сформулировано как "...вследствие обстоятельств времени, обязаны были знать, что войска совершали или готовы были совершить тяжкие преступления"). Во втором случае (когда речь идет о гражданских чинах), неумышленная халатность, игнорирование информации о том, что преступление их подчиненных становится неизбежным, не является достаточным основанием для привлечения их к ответственности. Таким образом, именно их "осознанное игнорирование" такой информацией Римский Статут рассматривает как низший предел их ответственности. К тому же в Римском Статуте речь идет о таком феномене как "соучастие после факта", что означает, что как гражданские, так и военные должностные лица могут нести ответственность, если они "не предприняли все необходимые и достаточные меры, соответствующие его или ее власти (полномочиям), чтобы предоставить на рассмотрение компетентным органам для расследования и наказания" деяний и лиц их совершивших, которые являются их подчиненными.

Ученые тех стран, которые ратифицировали Римский Статут, рассматривают именно вопрос о командной ответственности как наиболее проблемный с точки зрения имплементации этого положения, например, в уголовное законодательство Словении [2, с. 482-486]. Как указывает в своей монографии доктор юридических наук, профессор Александр Джурич (Сербия), для существования командной ответственности как отдельного института необходимы такие условия: 1) преступление должно быть совершено частным лицом или подчиненным, которым руководит или военный командир, или начальник, или политический деятель, и это лицо совершило преступление, которое входит в компетенцию Международного уголовного суда; 2) подчиненные находились под эффективным контролем командиров, начальников, иных лиц, которые ими руководят; 3) командиры или начальники не давали приказ совершить преступление и не брали непосредственного участия в его совершении как исполнители или соучастники, но 4) они знали или могли знать, что их подчиненные готовятся

совершить преступление или совершили/совершают его и 5) не смотря на это не предприняли все необходимые меры для предотвращения преступления и не инициировали начало расследования против лиц, которые эти преступления совершили [3, с. 31-32].

По нашему мнению именно вопрос о командной ответственности является основной проблемой, которая не позволяет Украине решиться ратифицировать Римский Статут. И тут вопрос не столько в доктрине уголовного права, которая, безусловно, не воспринимает эту проблему, как не "вписываются" в нее такие вопросы, как деление уголовных правонарушений на преступления и проступки, ответственность юридических лиц и некоторые другие. Тем не менее, эти вопросы ставятся, рассматриваются и даже делается попытка внести изменения в УК (раздел 7-А УК Украины). Пока принцип "все равны перед законом" не будет реальностью, не будет реальностью и вопрос командной ответственности. И это скорее проблема не уголовно-правовая, а политическая.

Литература

1. Богуш Г. Международный уголовный суд и проблемы становления международного уголовного правосудия. В кн. Международный уголовный суд: проблемы, дискуссии, поиск решений / Под ред. Г.И. Богуша, Е.Н. Трикоз. – М.: Европейская Комиссия, 2008. – С. 35.
2. Корошец Дамиан (Словения). Инкорпорация Римского Статута в национальное законодательство // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Материалы Седьмой Международной научно-практической конференции 28-29 января 2010 г. – М.: Проект, 2010. – С. 482-486.
3. Джурич Олександр. Порушення норм гуманітарного права: Значення встановлення кримінальних мотивів. – К.: ВЦ "Академія", 2009. – С. 31-32.

Анотація

Лихова С.Я. **Римський статут та вітчизняна доктрина кримінального права – проблеми та перспективи.** – Стаття.

Найбільш серйозні проблеми виникають, коли положення Римського Статуту стосуються доктрини кримінального права України. Питання про командну відповідальності є основною проблемою, яка не дозволяє Україні ратифікувати Римський Статут. Поки принцип "всі рівні перед законом" не буде реальністю, не буде реальністю і питання колективної відповідальності.

Ключові слова: Римский статут, національне кримінальне право.

Summary

Lihova S.Y. **Problems and prospects of the Roman statute and domestic doctrine of criminal law.** – Article.

The most serious problems arise when position of the Rome Statute of the ICC doctrines concern with the Criminal law of Ukraine. A question about command responsibility is the basic problem which does not allow Ukraine to ratify the Rome Statute. While a principle "all are equal in the law" will not be real as well as will not be real the question of collective responsibility.

Key words: Rome statute, national criminal law.

УДК 343.2.01(477)

В.К. Грищук

ПРЕДМЕТ І МЕТОДИ УКРАЇНСЬКОГО ОБ'ЄКТИВНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

В теорії кримінального права немає єдиного підходу до визначення предмета об'єктивного українського кримінального права. Більш продуктивною видається позиція тих науковців, які зазначають двоякий його характер: як предмета регулювання, так і предмета охорони. У першому випадку йдеться про регулятивні кримінальні правовідносини, а в другому – про охоронні кримінальні правовідносини.

Отже, предметом об'єктивного українського кримінального права є регулятивні та охоронні кримінальні правовідносини, що спрямовані на забезпечення реалізації прав і законних інтересів людини, держави і суспільства, змістом яких є взаємокореспондуючі права і обов'язки суб'єктів цих відносин, які визначають їх соціально значиму поведінку.

Регулятивні кримінальні правовідносини виникають з часу набрання чинності кримінальним законом, який регулює ці відносини, а припиняється внаслідок: 1) втрати чинності кримінальним законом; 2) вчинення особою злочину; 3) смерті особи як суб'єкта регулятивних кримінальних правовідносин. У структурі цих відносин можна виділити такі їх складові: 1) суб'єкти регулятивних кримінальних правовідносин; 2) предмет (предмети) регулятивних кримінальних правовідносин; 3) права і обов'язки суб'єктів регулятивних кримінальних правовідносин, які визначають соціально значиму поведінку цих суб'єктів.

Як предмети регулятивних кримінальних правовідносин виділяються: завдання кримінального права; підстави кримінальної відповідальності; закон про кримінальну відповідальність та його чинність; злочин, його види та стадії; суб'єкт злочину; вина та її форми; співучасть у злочині; повторність, сукупність та рецидив злочинів; обставини, що виключають злочинність діяння; звільнення від кримінальної відповідальності; покарання, його види; призначення покарання; звільнення від покарання та його відбування; судимість; примусові заходи медичного характеру та примусове лікування; особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх; види злочинів та покарання за їх вчинення, передбачені в Особливій частині КК України.

Всі вищеназвані предмети регулятивних суспільних відносин становлять у сумі предмет регулювання об'єктивного українського кримінального права – кримінального права як галузі права України.

Суб'єктами регулятивних кримінальних правовідносин є: 1) держава в особі компетентних органів; 2) фізичні особи (приватні й службові) – носії певних правових благ; 3) фізичні та юридичні особи – носії певних правових благ.

Охоронні кримінальні правовідносини виникають з часу вчинення злочину і припиняються внаслідок: 1) закінчення строків давності (ст. 49 КК України

© В.К. Грищук, 2010

[1, ст. 49]); 2) припинення судимості (ст. 89, ст. 90, ст. 91 КК України); 3) набуття законної сили вироком суду, яким особу засуджено без призначення покарання (ч. 3 ст. 88 КК України); 4) звільнення особи від кримінальної відповідальності і покарання (ч. 3 ст. 88 КК України); 5) реабілітації особи (ч. 4 ст. 88 КК України); 6) усунення злочинності й караності діяння кримінальним законом; 7) акта амністії чи акта помилування; 8) смерті особи як суб'єкта охоронних кримінальних правовідносин.

Суб'єктами охоронних кримінальних правовідносин насамперед є держава в особі компетентних органів і особа, винна у вчиненні діяння, забороненого кримінальним законом під загрозою покарання.

Суб'єктами цих правовідносин можуть бути у відповідних випадках потерпілий (потерпілі), а також юридична особа (юридичні особи) як носій певних правових благ.

За наявності передбачених кримінальним законом підстав, суб'єктами охоронних кримінальних правовідносин можуть також бути: 1) особа, яка здійснює право на необхідну оборону; 2) особа, яка здійснює право на затримання особи, що вчинила злочин; 3) особа, яка діє у стані крайньої необхідності; 4) особа, яка діє під впливом психічного або фізичного примусу; 5) особа, яка вчинила діяння, пов'язане з ризиком; 6) особа, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Предметом охоронних кримінальних правовідносин є:

– вчинене особою суспільно небезпечне діяння, яке містить склад злочину, передбачений чинним КК України;
– звільнення від кримінальної відповідальності;
– покарання;
– звільнення від покарання та його відбування;
– судимість.

Зазначені предмети охоронних кримінальних правовідносин також у сумі складають предмет охорони об'єктивного українського кримінального права – кримінального права як галузі права України.

Методи українського об'єктивного кримінального права – кримінального права як галузі права України – це сукупність способів раціонального кримінально-правового впливу на суспільні відносини. До цих способів належать: 1) дозвіл; 2) заохочення до суспільно корисної правомірної поведінки; 3) покладення обов'язку вчинити певні дії; 4) заборона вчинення певного діяння під загрозою кримінального покарання.

Дозвіл полягає у наданні законодавцем суб'єктові кримінальних правовідносин права вчиняти або не вчиняти певні дії. Щодо особи як суб'єкта кримінальних правовідносин дозвіл у наданні права може, зокрема, проявлятися у наданні права: 1) на необхідну оборону (ст. 36 КК України); 2) на заподіяння шкоди при уявній обороні (ст. 37 КК України); 3) на затримання особи, яка вчинила злочин і доставлення її відповідним органам влади (ст. 38 КК України); 4) на заподіяння шкоди у стані крайньої необхідності (ст. 39 КК України); 5) на заподіяння шкоди

при виконанні наказу або розпорядження (ст. 41 КК України); 6) на виконання діяння, пов'язаного з ризиком (ст. 42 КК України); 7) не виконувати явно злочинний наказ або розпорядження (ч. 3 ст. 41 КК України).

Щодо суду як компетентного органу держави та суб'єкта охоронних кримінальних правовідносин дозвіл у наданні права може, зокрема, проявлятися у наданні права: 1) звільнити особу від кримінальної відповідальності (ст. 47, ст. 48 КК України); 2) призначити винному у вчиненні злочину відповідний вид і розмір покарання (ст.ст. 51–64 КК України); 3) враховувати інші обставини, що пом'якшують покарання (ч. 2 ст. 66 КК України); 4) призначити більш м'яке покарання, ніж передбачене законом (ст. 69 КК України); 5) зняти з особи судимість до закінчення встановлених строків (ст. 91 КК України).

Заохочення до суспільно корисної, правомірної поведінки має важливе значення для запобігання, припинення і розкриття злочинів, формування в особи правової свідомості, позитивної кримінальної відповідальності, а, отже, і звуження сфери злочинної поведінки осіб у суспільстві.

КК України передбачає низку видів заохочення особи до суспільно корисної, правомірної поведінки. Зокрема: 1) звільнення від кримінальної відповідальності у випадках добровільної відмови при незакінченому злочині (ч. 2 ст. 17 КК України); 2) звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК України); 3) звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України); 4) звільнення від покарання та його відбування (ст.ст. 74–87 КК України); 5) звільнення від кримінальної відповідальності на підставі норм Особливої частини КК України (наприклад, за державну зраду (ч. 2 ст. 111 КК України); шпигунство (ч. 2 ст. 114 КК України); невиплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ч. 3 ст. 175 КК України); ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів (ч. 4 ст. 212 КК України); створення злочинної організації (ч. 2 ст. 255 КК України); терористичний акт (ч. 5 ст. 258 КК України); створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ч. 6 ст. 260 КК України); незаконні дії зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами (ч. 3 ст. 263 КК України).

Покладення обов'язку вчинити певні дії.

КК України насамперед покладає такий обов'язок на компетентні органи держави. Так, відповідний орган кримінально-виконавчої системи зобов'язаний негайно звільнити особу, засуджену за діяння, караність якого законом усунена (ч. 2 ст. 74 КК України), а також звільнити від відбування покарання особу в зв'язку з закінченням строків давності виконання обвинувального вироку (ст. 80 КК України). В інших випадках відповідні обов'язки покладаються на суд. Зокрема, суд зобов'язаний: 1) звільнити особу від кримінальної відповідальності (наприклад, ст.ст. 45, 46, 49, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175 КК України); 2) звільнити від покарання особу, яка під час його відбування захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними (ч. 1 ст. 84 КК України); 3) обчислювати строки погашення судимості у певному порядку (ст. 90 КК України); 4) дотримуватися

загальних засад призначення покарання (ст.ст. 65–67; 70–73 КК України), звільнення від покарання та його відбування (ст.ст. 74–85 КК України).

На фізичну особу також, в окремих випадках, покладається обов'язок вчинити певні дії. Наприклад, у разі звільнення від відбування покарання з випробуванням. Суд може покласти на засудженого такі обов'язки: 1) просити публічно або в іншій формі пробачення у потерпілого; 2) не виїжджати за межі України на постійне проживання без дозволу органу кримінально-виконавчої системи; 3) повідомляти органи кримінально-виконавчої системи про зміну місця проживання, роботи або навчання; 4) періодично з'являтися для реєстрації в органи кримінально-виконавчої системи; 5) пройти курс лікування від алкоголізму, наркоманії або захворювання, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб (ч. 1 ст. 74 КК України). З окремих статей Особливої частини КК України випливає покладення на фізичну особу певних обов'язків: 1) надавати допомогу особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство, старість, хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану (ст. 135, ст. 136 КК України); 2) надати медичну допомогу хворому (ст. 139 КК України); 3) сплачувати встановлені рішенням суду кошти на утримання дітей або непрацездатних батьків (ст. 164, ст. 165 КК України).

Заборона певного діяння. Йдеться про такі діяння, які заподіюють істотну шкоду, або створюють загрозу заподіяння істотної шкоди об'єктам кримінально-правової охорони.

У першу чергу слід звернути увагу на окремі заборони, що містяться в Загальній частині КК України. Переваж-но ці заборони адресовані компетентним органам держави. Як приклади наведемо окремі з них. Відповідно до ч. 2 ст. 2 КК України заборонено притягати до кримінальної відповідальності особу, вину якої не доведено у законному порядку, а ч. 3 ст. 2 КК України забороняє притягати до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу. Заборонено також застосовувати кримінальний закон за аналогією (ч. 4 ст. 3 КК України), видавати іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності громадян України та осіб без громадянства, що постійно проживають на території України (ч. 1 ст. 10 КК України), притягати до кримінальної відповідальності осіб, які під час вчинення суспільно небезпечних діянь перебували у стані неосудності (ч. 2 ст. 19 КК України), а також осіб, які добровільно відмовилися від вчинення злочину (ст. 31 КК України), відмовилися виконувати явно злочинний наказ або розпорядження (ч. 3 ст. 41 КК України). Встановлено окремі заборони щодо призначення покарань окремим особам. Так, особа, яка виконуючи спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, вчинила в їх складі умисний особливо тяжкий злочин, поєднаний з насильством над потерпілим або умисний нетяжкий злочин, пов'язаний зі спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк,

більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин (ч. 3 ст. 43 КК України).

Поряд з цим, громадські роботи заборонено призначати особам, визнаним інвалідами першої або другої групи, вагітним жінкам, особам, які досягли пенсійного віку, а також військовослужбовцям строкової служби (ч. 3 ст. 56 КК України), виправні роботи заборонено застосовувати до вагітних жінок та жінок, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, до непрацездатних, до осіб, що не досягли шістнадцяти років, та тих, що досягли пенсійного віку, а також до військовослужбовців, працівників правоохоронних органів, адвокатів, державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування (ч. 2 ст. 57 КК України).

Арешт не може застосовуватися до осіб віком до шістнадцяти років, вагітних жінок та жінок, які мають дітей віком до семи років (ч. 3 ст. 60 КК України).

Обмеження волі не застосовується до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та інвалідів першої і другої групи (ч. 3 ст. 61 КК України).

Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців замість позбавлення волі не може застосовуватися до осіб, які раніше відбували покарання у виді позбавлення волі (ч. 2 ст. 62 КК України), а довічне позбавлення волі – до осіб, що вчинили злочин у віці до 18 років і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були в стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку (ч. 2 ст. 64 КК України).

Найбільш широко метод заборони певного діяння застосовується в Особливій частині КК України, де визначено, які суспільно небезпечні діяння визнаються злочинами, а отже забороняються під загрозою відповідних покарань.

Література

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26.

Анотація

Грищук В.К. **Предмет і методи українського об'єктивного кримінального права.** – Стаття.

В теорії кримінального права немає єдиного підходу до визначення предмета об'єктивного українського кримінального права. Більш продуктивною видається позиція тих науковців, які зазначають двоякий його характер: як предмета регулювання, так і предмета охорони. У першому випадку йдеться про регулятивні кримінальні правовідносини, а в другому – про охоронні кримінальні правовідносини.

Ключові слова: об'єктивне кримінальне право, правовідносини

Summary

Grishyk V.K. **Object and methods of the Ukrainian objective criminal law.** – Article.

There is no uniform approach to definition of a subject of the objective Ukrainian criminal law in the theory of the criminal law. More productive the position of those science officers which mark its double character stands out: both a regulation subject, and a protection subject. In the first case it is a question about regulative criminal legal relations, and in the second – about guarding the criminal legal relations.

Key words: objective criminal law, criminal legal relations.

УДК 343.2/7:[340/134(477)+343/9]

П.Л. Фріс

СУЧАСНА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА В СИСТЕМІ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ ТА ПОЛІТИКИ У СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Перед тим, як безпосередньо аналізувати сучасну українську кримінально-правову політику вбачається необхідним коротко визначитись із її місцем у правовій політиці держави взагалі і політики у сфері боротьби зі злочинністю, зокрема.

Якщо прийняти за основу відоме визначення політики, як загального напряму, характеру діяльності держави, певного класу або політичної партії, то кримінально-правова політика повинна визначатись (звичайно на загальному рівні), як загальний напрямок, характер діяльності, держави, певного класу або політичної партії у сфері боротьби зі злочинністю за допомогою законодавства про кримінальну відповідальність. Звичайно, що таке визначення не розкриває характерологічних ознак кримінально-правової політики, її структури та т. ін., але для початку може бути прийняте за основу у якості базового. Це, по-перше.

По-друге. Кримінально-правова політика не є відокремленим елементом політики держави. Вона є складовим елементом більш глобальних явищ якими є правова політика держави у цілому і, зокрема, політика у сфері боротьби зі злочинністю. У відриві від них, аналіз кримінально-правової політики представляється безплідним.

Таким чином, у першу чергу, слід визначитись із питанням про стан розробки та закріплення правової політики в Україні взагалі. На превеликий жаль слід констатувати, що майже 19 років незалежності в нашій країні не було розроблено і затверджено, а ні доктрини, а ні концепції правової політики держави у зв'язку із чим реалізація правової політики в більшості нагадує відомий у фізиці "броунівський рух". Взагалі, якщо проаналізувати спроби доктринального осмислення змісту правової політики як явища, то у вітчизняній правовій науці останніх років можна знайти незначну кількість праць

© П.Л. Фріс, 2010

напряму присвячених цій проблемі [1, 2, 3 та ін. Звичайно, що так чи інакше ця проблема аналізувалась у багатьох публікаціях]. Як наслідок в Україні на державному рівні не приймалось відповідної концепції правової політики[1]. В ряді республік колишнього СРСР концепції правової політики приймаються та успішно втілюються у життя[2]. Розробка такої концепції повинна стати важливим напрямком діяльності МЮ України, яке має ініціювати створення робочої групи, яка повинна визначити на доктринальному рівні ряд питань: засади, напрями, структуру та інші питання цієї політики. Важливим є узгодження національної правової політики із міжнародною правової політикою на базі підписаних та ратифікованих Україною міжнародних договорів та угод.

Важливим структурним елементом концепції правової політики повинна стати концепція політики у сфері боротьби зі злочинністю[3]. Постійно підкреслюючи значимість такої боротьби, держава здійснює цю діяльність достатньо неконкретно. Свідчень цій тезі багато – це і тривале затягування прийняття Кримінального кодексу України (яка прийняла його чи не останньою серед республік бувшого СРСР), і неприйняття Кримінально-процесуального кодексу, і повне руйнування системи профілактики злочинності з неприйняттям (практично з 1995 р.) відповідного закону про профілактику злочинності та т. ін. Від розробки доктрини і концепції політики у сфері боротьби зі злочинністю буде залежати розробка доктрин і концепцій її складових – кримінально-правової, кримінально-процесуальної, кримінально-виконавчої та кримінологічної (профілактичної) політик[4].

Політика у сфері боротьби зі злочинністю повинна будуватись на загальних принципах, на яких повинна будуватись і вся правова політика України. До них належать: принцип демократизму (ст. 1 Конституції); принцип переваги прав і свобод людини (ст. 3 Конституції); принцип верховенства права (ст. 8 Конституції); принцип рівності громадян (ст.ст. 21 та 24 Конституції); принцип зворотної дії в часі (ст. 58 Конституції); принцип виключення подвійної

---

[1] Прийняття довгострокових планів законодавчої діяльності аж ніяк не можна віднести до такої концепції, до того ж з врахуванням їх невиконання.

[2] В Республіці Казахстан (див. Указ Президента Республіки Казахстан від 24 серпня 2009 року № 858 "О концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года". (яка була прийнята внаслідок закінчення терміну дії попередньої концепції прийнятої у 2002 році на період до 2010 року) [4], або в Росії (див. Указ Президента Російської Федерації від 6 липня 1995 р. №6735 "О разработке концепции правовой реформы в Российской Федерации" [5]).

[3] Використовуючи термін "боротьба зі злочинністю" ми в цій публікації не вступаємо в дискусію з тими, хто пропонує використовувати інші терміни "протидія", "ліквідація" та т. ін. Це повинно бути предметом окремого детального аналізу.

[4] До речі, до кінця залишається відкритим питання про структуру (складові) політики у сфері боротьби зі злочинністю. Спроби включити до її складу "криміналістичну політику", "політику ОРД", "судову політику", "кримінально-охоронну", "кримінально-каральну" та ін. вбачаються неконструктивними. Окрім того, само використання терміну "кримінальна політика", незважаючи на тривалий строк застосування, є невідповідним, таким, що спотворює її мету. Власна позиція з цього приводу проаналізована в наших роботах [7, 8 та ін.].

відповідальності (ст. 61 Конституції); принцип законності та винної відповідальності (ст. 62 Конституції); принцип гуманізму.

Систему спеціальних принципів політики у сфері боротьби зі злочинністю утворюють: принцип науковості; принцип соціальної справедливості; принцип узгодженості функціонування складових системи боротьби зі злочинністю; принцип переваги запобігання злочинності; принцип економії репресії; принцип доцільності; принцип невідворотності відповідальності.

Завданням політики у сфері боротьби зі злочинністю є: досягнення за допомогою правових засобів зниження рівня злочинності в країні[1]; забезпечення єдності складових політики у сфері боротьби зі злочинністю; забезпечення пріоритетності кримінологічної (профілактичної) політики перед іншими складовими політики у сфері боротьби зі злочинністю; забезпечення єдності національної і міжнародної політики у сфері боротьби зі злочинністю.

Політика у сфері боротьби зі злочинністю реалізується у наступних формах: у законотворчій діяльності; у правозастосуванні; у правовиконавчій діяльності; у міжнародно-правовій діяльності.

Кримінально-правова політика являє собою системоутворюючий елемент політики у сфері боротьби зі злочинністю оскільки визначає межі злочинного, а звідси і сферу функціонування інших складових. У цьому питанні категорично не можна погодитись із позицією Д.О. Балабанової, яка вважає, що кримінальний закон є "першоосновою кримінальної політики" [6, 22]. Така постановка питання фактично ставить його з "ніг на голову". Не закон визначає політику, а навпаки він є результатом реалізації політики на рівні правотворчості. Такий підхід, слід зауважити, є загальноприйнятим у науці.

Слід зазначити, що кримінально-правова політика (з точки зору доктринального осмислення) найбільш розроблена складова оскільки є об'єктом дослідження вже більше 100 років. Однак, незважаючи на такий "поважний" вік і наявність значної кількості наукових розробок, на державному рівні, в нашій країні, кримінально-правова політика залишається неоформленою на рівні директивних документів. Внаслідок цього кримінально-правова політика часто реалізується достатньо хаотично, непослідовно. Як наслідок чисельні неузгодженості, колізії, пробіли та т. ін. Яскравим прикладом цього є законодавча діяльність Верховної Ради України V скликання. Лише за 2 роки її діяльності народними депутатами було внесено 36 законопроектів, які належать до сфери кримінально-правової політики. І це при тому, що, в країні діяв "новенький" Кримінальний кодекс, який ще не встигли повністю "обкатати". Як наслідок з усіх внесених пропозицій прийнято було лише 8 (22%). З прийнятих: 3 закони належать до конвенціональних, 2 торкались питань застосування амністії, перший був прийнятий внаслідок визнання неконституційними положень ст. 69 ч. 1 КК і лише 2 вносили зміни до норм Особливої частини КК. Залишені

[1] При цьому не слід ставити перед собою ефемерного завдання повної ліквідації злочинності. Це гасло було притаманно "кремлівським мрійникам" і надзвичайно далеким від реалій буття, а мета – від досягнення.

28 законопроектів було відхилено. При цьому їх аналіз свідчить, що усі вони були спрямовані на посилення кримінальної відповідальності.

Такий підхід законодавців дає підстави стверджувати, що розуміння основних принципів і напрямів вітчизняної кримінально-правової політики знаходиться у законодавчому корпусі на достатньо низькому рівні. Серед законодавців продовжує домінувати точка зору про те, що дієвим інструментом боротьби зі злочинністю є кримінально-правова репресія. Висновки вчених- криміналістів про помилковість такого підходу не сприймаються. До речі, слід зазначити, що і на доктринальному рівні достатньо глибоко досліджені проблеми криміналізації тоді як проблеми декриміналізації ще залишаються по за увагою дослідників.

Чинний Кримінальний кодекс надзвичайно переобтяжений (і продовжує переобтяжуватись). Єдиним шляхом виправлення ситуації є достатньо суттєва реформа законодавства про кримінальну відповідальність. Вбачається, що вона повинна здійснюватись у двох основних напрямах:

– запровадження інституту кримінального проступку і перевод ряду діянь з категорій злочинів у категорію кримінальних проступків, і

– уніфікація законодавства про кримінальну відповідальність[1].

Таким чином можна досягнути мети, яка сформульована вітчизняними криміналістами ще у 90-х роках XX ст. – створення невеликого, стабільного але жорсткого кримінального кодексу.

Створення законодавства про кримінальні проступки. В Україні ця ідея знайшла зримі нормативні рамки, у контексті реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України, схваленої рішенням РНБОУ від 15 лютого 2008 р. і введеної в дію Указом Президента України № 311/2008 від 08 квітня 2008 р. Чинний Кримінальний кодекс містить у собі значну кількість норм (статей, частин статей), які визначають кримінальну відповідальність за діяння, які по суті не є суспільно небезпечними, а є соціально-шкідливими. Вбачається, що до них належать ті, які передбачають можливість застосування покарання не тяжчого ніж 2 роки позбавлення волі.

Однак у першу чергу необхідно дати відповідь на ряд фундаментальних питань, що визначають місце створюваного нормативного акта в системі права.

Перше питання, на який необхідно дати відповідь, стосується форми створюваного нормативного акта. Концепція передбачає прийняття "Закону про кримінальні проступки". Подібна форма відома світової законодавчої практики. Так, кримінальне законодавство Республіки Польщі цю групу деліктів ще з 1932 року визначає саме в законі який носить назву "Право про провини". Це законодавство існує і донині (звичайно в новій редакції).

Другий варіант – виділення даної групи деліктів у виді самостійної книги (частини) діючого КК.

І, нарешті, третій варіант – прийняття самостійного Кодексу.

Природно, що кожний із запропонованих варіантів буде мати своїх прихильників і своїх супротивників.

---

[1] Робиться спроба проаналізувати підходи до основних напрямів сучасної кримінально-правової політики. що не виключає і інших її напрямів

Представляється, що для рішення цього питання, у першу чергу, слід на доктринальному рівні, визначитися з тим, що створюється – нова галузь права, чи йде мова про розширення об'єкта охорони, нормами вже існуючої галузі?

Якщо це нова, відособлена галузь системи права, що починає на новому рівні здійснювати охорону суспільних цінностей, які раніше знаходилися (або не знаходилися) під охороною інших галузей, то можна виділити її специфічний предмет, задачі, метод охорони і т. ін.

Якщо стати на позицію, що мова йде про подальший розвиток вже існуючої галузі права, то виникає питання – якої саме? Якщо кримінального, то потрібно констатувати проведення істотної криміналізації (що абсолютно не відповідає накресленій лінії вітчизняної кримінально-правової політики на гуманізацію, яка підтверджена відомим Законом від 15 квітня 2008 р.), якщо адміністративного права, то, як пояснити появу в сфері адміністративної відповідальності елементів властивому кримінальному праву?

Аргументом на користь того, що виникає нова галузь права, є, у першу чергу, самостійність об'єкта охорони. Ця самостійність визначається на підставі оцінки матеріальної ознаки – соціальної шкідливості діяння. Говорячи про цю відмінність, відзначимо, що ми будемо мати справу не із суспільно-небезпечними діяннями, а із соціально шкідливими, що відокремлює їх як від злочинів, так і від адміністративних проступків. Виділяючи категорію кримінальних проступків, український законодавець цим виділяє і новий об'єкт, що вимагає специфічної правової охорони. Цей об'єкт досить об'ємний і його охорона буде здійснюватися специфічними методами.

Фактично здійснюється кодифікація нового законодавства. При цьому можна з упевненістю прогнозувати і її подальший розвиток.

Наведені аргументи, свідчать на користь формування відособленої галузі системи права, одночасно дають підстави затверджувати про необхідність розробки його основного нормативного акта "Кодексу".

Уніфікація чинного законодавства про кримінальну відповідальність. Як загальновідомо, чинний КК України (Особлива частина) структурований за родовим об'єктом злочинного посягання. Однак такий підхід приводить до часто невиправданого дубляжу. Так, лише видів розкрадання у КК нараховується більше 10. Виникає питання – чим розкрадання власності шляхом крадіжки, грабіжу, розбою або шляхом зловживання службовим становищем (ст.ст. 185, 186, 187 191 КК) відрізняється від викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (ст.262 КК)? А чим відрізняється розбій з метою заволодіння будь-якою власністю (ст. 187 КК) від розбою з метою заволодіння, скажімо, наркотичними засобами (ст. 308 КК)? І тут і там фактично здійснюється посягання на власність, а відмінність полягає лише у предметі посягання. Існуюча структура призводить до невиправданого розширення Кримінального кодексу, до незрозумілих неузгодженостей у підходах до кримінальної відповідальності. Так, наприклад, (і це абсолютно зрозуміло), чинний КК встановлює кримінальну

відповідальність з моменту досягнення 14-річного віку за розбій (перераховуючи практично усі його види ст.ст. 187, частина третя статей 262, 308). При цьому з загального переліку з незрозумілих причин випадає ст. 312 КК, яка передбачає відповідальність за викрадення прекурсорів шляхом розбою. Встановлюючи відповідальність за розбої законодавець у першу чергу визначає суспільну небезпечність не предмету розкрадання, а діяння. Тому і виникає питання – чим розбій з метою викрадення наркотичних речовин більш тяжчий ніж розбій з метою викрадення прекурсорів. Чи не простіше було б у цілому встановити відповідальність за крадіжку, грабіж, розбій і не дробити їх. І таких можливостей є достатньо. Це слугувало би уніфікації законодавства про кримінальну відповідальність, дало би можливість зменшити законодавство про кримінальну відповідальність без проведення декриміналізації.

Література

1. Тацій В.Я. Проблеми формування правової політики в Україні // Вісник АПрН України. – 1994. – № 2. – С. 3-13.
2. Костицький М.В. Відновне правосуддя в контексті правової політики в Україні. http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/F597C9FC08117043C3256FC50049FEF4
3. Селіванов В. Проблема методологічної обґрунтованості вітчизняного правознавства та юридичної практики // Право України. – 2008. – № 12. – 2009. – № 1.
4. http://www.akorda.kz/www/www_akorda_kz.nsf/sections?OpenForm&id_doc=37EE5D377A3053310625762400 78E2E6&lang=ru
5. http://tomsk.gov.ru/ru/documents/?document=8225
6. Балабанова Д.О. Співвідношення понять “кримінальна політика” та “кримінально-правова політика” // Проблеми кримінального права, процесу та криміналістики. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – Одеса, 2009. – С. 22-23.
7. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. – К.: АТІКА, 2005.
8. Фріс П.Л. Політика у сфері боротьби зі злочинністю і права людини. – Івано-Франківськ: Прикарпатський юридичний інститут ЛьвДУВС, 2009.

Анотація

Фріс П.Л. **Сучасна кримінально-правова політика в системі правової політики України та політики у сфері боротьби зі злочинністю.** – Стаття.

Політика у сфері боротьби зі злочинністю повинна будуватись на загальних та спеціальних принципах, на яких повинна будуватись і вся правова політика України. Чинний Кримінальний кодекс надзвичайно переобтяжений і продовжує переобтяжуватись. Єдиним шляхом виправлення ситуації є достатньо суттєва реформа законодавства про кримінальну відповідальність, про що іде мова у статті.

Ключові слова: кримінальна політика, кримінальний кодекс.

Summary

Fris P.L. **Modern criminal and legal policy in the system of legal policy of Ukraine and policy in the shere of fight against criminality.** – Article.

The policy in sphere of struggle against criminality should be constructed on the general and special principles as well as all legal policy of Ukraine should be constructed on the same principles. The Criminal code is extremely overloaded and it also continues to be overloaded. The best way to correct such situation is the essential reform of the legislation of criminal liability.

Key words: criminal policy, criminal code.

УДК 343.2/7

А.И. Бойко

ПРОБЛЕМЫ СИНТЕЗА УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ И УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

Политика правящих элит, прежде олицетворявшая большею частью неявное соперничество общесоциальных, коллективных и личных интересов, сегодня попала в эпицентр открытого обсуждения различных групп населения, прежде не втянутых в оценивание управленческих проблем. Объясняется этот бум геополитическими изменениями, ростом видов и технических возможностей СМИ, увеличением доли свободного времени в суточном рационе обывателей, развитием транспортных коммуникаций, миграционной активностью жителей Земли. Ныне практически каждый гражданин независимо от места жительства имеет техническую возможность получать разнообразную информацию, сравнивать условия собственной жизни со стандартами быта в соседних странах, входить в Интернет-переписку, восполнять и уточнять личные представления о справедливости установившихся порядков управления, о расходовании бюджета, стратегиях развития местной территории и всей страны. Политика органически вплетена в общественную и индивидуальную жизнедеятельность, в результате чего каждый человек стал носителем политического сознания [18].

Самостоятельным и очень ярким разделом управленческой практики является уголовная политика. Особую притягательность ей обеспечивают сразу несколько факторов – принудительный уклон исполнения, статус “последнего довода” или “хирургического скальпеля” во взаимоотношениях государства с населением, постоянная роль излюбленного объекта правозащитной критики. Содержательно и очень кратко она может быть определена как совокупность идей и решений по борьбе с преступностью, согласованная с более широкими социальными задачами и программами. Главное в понимании уголовной политики таково: а) объектом своего воздействия она имеет преступность; б) генеральный субъект её разработки и осуществления – правящая элита; в) процесс воздействия субъекта на объект выражается в управлении, (противодействии или борьбе); г) даже при очень больших объёмах делинквентного поведения уголовная политика – не самоцель и отнюдь не главная проблема элиты, поскольку и преступность, и противодействие ей предопределяются более важными задачами современного общества – состоянием экономики, устойчивостью социальной структуры, взаимоотношением власти и народа, демографией, экологией, международными обязательствами и пр.; д) нормативно она актуализируется в профильном законодательстве (уголовном, уголовно-процессуальном, уголовно-исполнительном) и других специализированных источниках. В СССР таковыми были Программа партии и систематически принимаемые совместные постановления ЦК КПСС и Совета Министров; в современной России – Концепция национальной безопасности РФ, утверждённая Указом Президента РФ № 24 от 10 января 2000 года [20, ст. 170].

© А.И. Бойко, 2010

Феномен уголовной политики давно и плодотворно разрабатывается в науке. Накопившиеся в ней представления актуализированы в целом комплексе взаимосвязанных характеристик и терминов, а именно: сущностью уголовной политики признаётся управление развитием криминальных процессов; целью – минимизация показателей преступности в социально ожидаемых пределах; формами уголовной политики являются законодательство, правоохранительная деятельность и судопроизводство; её структура соответствует сложившейся дифференциации нормативного материала на отрасли – уголовно-правовая, уголовно-процессуальная, пенитенциарная, административно-деликтная, оперативно-розыскная политика; под направлениями или каналами уголовной политики разумеют (мысленные) идеи и (практические) решения; наконец, в доктрине принято рассуждать о принципах уголовной политики, возвышенно толкуемых как аксиологическая ориентация властей в сфере борьбы с преступностью [7, с. 40-49; 8, с. 65-77; 9, с. 142].

Мы полагаем, что прекраснодушный разговор о принципах уголовной политики (как и любой политики вообще), даже если он сопрягается с употреблением высоких гуманных идеалов и терминов, несостоятелен в силу особенностей политики. Она ведь – искусство компромисса, постоянно возобновляемых сделок между действительностью и возможностью, необходимостью и желанием, добром и пользой, целесообразностью и законностью; она – самая подвижная и эластичная методика управления социумом. Принципы же есть неподвижное “основание системы”, постоянное “центральное понятие” [13, с. 329]. Отсюда те аксиологические по преимуществу положения, которые изобретаются в науке и выдаются за принципы управленческой деятельности правящей элиты, мы бы предложили именовать скромными (для данного времени) приоритетами борьбы с преступностью, инициируемыми моралистами и сциентистами [1, с. 56-65]. Кажется, ближе всех к пониманию того, что в уголовной политике оперативность и компромисс преобладают над консерватизмом и принципами, подошёл проф. И.В. Шмаров. В энциклопедической статье он утверждал, что принципы уголовной политики, конечно, должны быть стабильными, но это направление государственной деятельности наиболее подвержено колебаниям и даже крайностям [12, с. 2966].

Тематика статьи и ход предыдущий рассуждений свидетельствуют, во-первых, о неразрывной связи уголовной политики и уголовного закона, а во-вторых, о том, что (парламентский) закон есть (письменная) форма выражения политики (правящей элиты). Юристам советской эпохи памятны высказывания идеологических кумиров и государственных вождей той поры, Ф. Энгельса (“всё юридическое в основе имеет политическую природу”) [8, с. 635] и В.И. Ленина (“закон есть мера политическая, есть политика”) [12, с. 99], а также А.Я. Вышинского (“право есть форма политики, то есть форма деятельности государства”) [4, с.51]. Эти представления в частично модифицированной форме преобладают и поныне: если политика – это правообразующий фактор, то закон – её официоз, средство её выражения, опосредования и осуществления (Ю.А. Агешин, С.С. Босхолов, В.А. Владимиров, П.С. Дагель,

А.Л. Дзигарь, И.Э. Звечаровский, М.И. Ковалёв, Ю.И. Ляпунов, Ю.А. Ляхов, С.Г. Чаадаев).

В научной литературе встречаются и такие прямые противопоставления (уголовной) политики и права (закона), когда последнее (статичное и гласное) средство управления рассматривается как более надёжное для общества. Так, Ф. Лист писал: "Уголовное уложение есть "magna charta" преступника. Оно протежирует не общество, не правопорядок, а ту личность, которая восстала против них..., есть щит гражданина, которым он прикрывает себя от нападения государства... уголовное право есть по отношению к политике непроходимый барьер" [14, с. 128]. В наше время Г.К. Мишин также находит уголовную политику злом, навязавшим классическому и потому непорочному уголовному праву компромисс, нарушивший его (уголовного права и закона) гарантийные устои типа геометрии, системы и логики [17, с. 6].

Надо сказать, что проблема сочетания политики и права наиболее выпукло напоминает о себе в эпохи социальных трансформаций. В такие времена закон или "царство спокойного" (Гегель) призывается к беспрекословному, в нарушение своих прежних принципов, обслуживанию беспокойного, нечистоплотного, а часто и аморфного начала (идеологических установок нарождающейся элиты). Хорошо это или плохо? Ещё древнеримские юристы экзаменовались по данному вопросу и оставили потомкам следующий завет: politiae legibus, non leges politus adaptande (политика должна согласовываться с законом, а не закон с политикой). Эта максима античного права ненавидима любой рвущейся к власти элитой, а потому отчаянно обругивается накануне реформ. Так, правда, продолжается недолго – до закрепления основной имущественной массы и средств производства за новыми владельцами, до кодификации законодательства в "нужном" направлении и смены старых руководящих кадров на более "лояльных" и "гибких". Одновременно следует помнить, что формальная законность, составляющая досадное препятствие своеволию политико-экономических хозяев страны, есть базовый компонент профессиональной деятельности юриста. Правовед поэтому (по традиции) настороженно относится к разговорам о сравнительной выгоде политической целесообразности перед юридическим формализмом. В то же время опасна и другая крайность – отрицание ценности политики как тонкого метода управления обществом, как гибкого системообразующего фактора, как передаточного звена от социально-экономических необходимостей к законодательным жерновам, как инициатора перемен в жизни и в праве, как умелого подсказчика при толковании юристами нормативных текстов.

Отсюда политика и право – это два, давно проверенных временем и надёжных способа управления легалистским обществом. Каждый из них имеет свои преимущества и недостатки, но в случае их умного союза получается благо: политика – динамичное, большею частью тайное средство – дополняется юриспруденцией, которая традиционно ставит на формализм, а не на моментальную целесообразность, предпочитает гласные, медленно меняющиеся и объявляемые всем стандарты поведения. Сегодня маятник общественного мнения зримо качнулся

в сторону и пользу политики. Этот временный дисбаланс опасен, но и привычен для нашего национального духа, благоволеющего к революционным качелям и риску, но не к спокойному и честному исполнению каждым своих обязанностей на своем рабочем месте.

Правящая элита организует отражение общественных потребностей по борьбе с преступностью в Уголовном кодексе по своему усмотрению и в своих, прежде всего, интересах. Так, криминализация и пенализация общественно опасных деяний должна производиться с учётом показателей преступности, доктринальных рецептов, требований практики, международных стандартов. Однако криминалисты России практически по каждому из этих направлений упрекают власти в неполноте, односторонности, корысти. Вот примеры.

1. Показатели преступности как основного предмета отражения уголовного закона давно перестали быть главной детерминантой: например, коэффициент преступности по самым распространённым общеуголовным деликтам вырос в 1995 г. по сравнению с 1959 г. в 6,3 раза, однако медианы соответствующих санкций увеличились по УК РФ 1996 г. в сравнении с УК РСФСР 1960 г. только в 0,99 раза [2, с. 10-16].

2. Академик В.Н. Кудрявцев ещё на старте приватизации предвидел её негативные последствия, рекомендуя специалистам уголовного права и криминологии, а также законодателю сосредоточить внимание на воровском поведении “новых русских” и юридической судьбе быстро формирующегося слоя люмпенов [10, с. 8]. Однако в Общей части нового УК упразднён запрет на замену штрафа и лишения свободы, а в Особенной части данные наказания как специально поставлены в альтернативу – для выбора судом различных по карательных силе средств в зависимости от имущественной состоятельности преступника. Нет мошны – так есть спина.

3. Виднейшие криминалисты нынешней России постоянно сетуют на то, что их тщательно выверенные рекомендации по борьбе с преступностью игнорируются властью, что “законопроектная роль науки уголовного права резко сократилась”, поскольку чиновники Государственно-правового управления подбирают консультантов и экспертов “по идеолого-концептуальным критериям”, а не по профессиональным знаниям [11, с. 319].

Зачем эта статья и почему избран такой тон? Дело в том, что сфера борьбы с преступностью бесспорно является самым болезненным сектором общественной жизни, где на опасный поведенческий эгоизм индивидов государство отвечает организованным насилием, где несовершенное законодательство, некачественная правоохранительная деятельность, банальные просчёты и корысть правящей элиты оставляют долго не заживающие раны на теле и в памяти населения. Храни Бог российских да украинских потерпевших и преступников от политиканства правящей элиты в правоохранительной сфере!

Литература

1. Бойко А.И. Принципиальна ли уголовная политика? // Правовая политика и правовая жизнь. 2008. № 2. – С. 56-65; Уголовная политика: Учебное пособие. – Ростов н/Д: Рост. гос. экон. ун-т “РИНХ”, 2008. – С. 55-58.

2. Бойко А.И. Система и структура уголовного права. В 3 т. Том II: Системная среда уголовного права. – Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ, 2007. – С. 10-16.
3. Босхолов С.С. Основы уголовной политики: Конституционный, криминологический, уголовно-правовой и информационный аспекты – М.: "ЮрИнфоР", 1999. – С. 34-38.
4. Вышинский А.Я. К положению на фронте правовой науки. – М., 1937. – С. 51.
5. Герцензон А.А. Уголовное право и социология (Проблемы социологии уголовного права и уголовной политики). – М.: Юрид. литература, 1970. – С. 181-182.
6. Дагель П.С. Проблемы советской уголовной политики: Учебное пособие. – Владивосток: ДВГУ, 1982. – С. 30-38.
7. Дзигарь А.Л. Уголовная политика и её отражение в теории, законодательстве и практике. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2005. – С. 40-49.
8. Загородников Н.И. Советская уголовная политика и деятельность органов внутренних дел: Учебное пособие. – М.: ВШ МВД СССР, 1979. – С. 65-77.
9. Исмаилов И.А. Преступность и уголовная политика (актуальные проблемы борьбы с преступностью). – Баку: Элм, 1990. – С. 142.
10. Кудрявцев В.Н. Актуальные проблемы уголовной политики // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИГП РАН, 1994. – С. 8.
11. Кузнецова Н.Ф. Конституционные основы совершенствования УК РФ по итогам его десятилетия // Конституционные основы уголовного права. – М.: ТК Велби, 2006. – С. 319.
12. Ленин В.И. Полн. собр. соч., т. 30. – С. 99.
13. Лесников Г.Ю. Понятие уголовной политики, её содержание и принципы // Энциклопедия уголовного права. Том 1. – СПб., 2005. – С. 6-7.
14. Лист Ф. Задачи уголовной политики. СПб., 1895. – С. 128.
15. Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 1. – С. 635.
16. Михеев Р.И. Уголовная политика Российской Федерации. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 1996. – С. 8.
17. Мишин Г.К. Теория правового государства и вопросы уголовного права. – М.: Академия МВД России, 1995. – С. 6.
18. Рыбаков О.Ю. Человек в политике. – Саратов, 1995.
19. Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 2. – Ст. 170.
20. Уголовная политика // Российская юридическая энциклопедия / Под ред. А.Я. Сухарева. – М.: 1999. – С. 2966.
21. Шляпочников А.С. Ленинские принципы уголовной политики Советского государства // Сов. государство и право. – 1968. – № 4. – С. 12-21.
22. Философский словарь. Издание 3-е / Под ред. М.М. Розенталя. – М.: Политиздат, 1975. – С. 329.

Анотація

Бойко А.І. **Проблеми сінтезу кримінальної політики та кримінального закону.** – Стаття.

У разі розумного союзу кримінальної політики і кримінального закону виходить благо: політика – динамічний засіб – доповнюється юриспруденцією, яка є формальним, гласним, повільно мінливим стандартом поведінки. Тематика статті свідчить, по-перше, про нерозривний зв'язок кримінальної політики і кримінального закону, а по-друге, про те, що (парламентський) закон є (письмова) форма вираження політики (правлячої еліти).

Ключові слова: політика, юриспруденція, кримінальний закон

Summary

Boyko A.I. **Problems of synthesis of criminal policy and criminal law.** – Article.

In case of reasonable union of criminal law and policy great gain is to be archived: policy, a dynamic category, is complemented by jurisprudence: formal and gradually changing behavior standard. Article's theme testifies about constant connection between criminal law and policy, proving that a written law is reflection of certain policy.

Key words: policy, jurisprudence, criminal law

УДК 343.21

А.И. Чучаев

МЕХАНИЗМ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ: ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ПОНЯТИЯ И СОДЕРЖАНИЯ

Проблемы механизма уголовно-правового регулирования, воздействия (реализации ответственности, наказания и иных уголовно-правовых мер) вызывают все больший интерес. Общетеоретические и специальные концепции правовых механизмов объясняют преимущественно вертикальные взаимосвязи правотворческой и правоприменительной деятельности.

Криминалистические теории значительно уступают общетеоретическим учениям. Сказанное относится как к пониманию стадий, так и к разграничению элементов механизма и условий (обстоятельств), сопутствующих их реализации. Зачастую формулируемое понятие правового механизма не соответствует объему раскрываемой им базовой категории. Производится унификация общетеоретической концепции и игнорирование специфики изучаемых явлений.

Распространенный в общей теории широкий подход к трактовке механизма действия права и составляющих его правовых средств применяется криминалистами к изучению структуры таких сложных правовых феноменов, как уголовно-правовое регулирование, воздействие и ответственность. Ставится знак равенства между базовым понятием (уголовно-правовое регулирование, воздействие, ответственность) и производными от них процессами (механизмами). Термин “механизм” выполняет лишь дополнительную интеграционную функцию, объединяя в рамках одного исследования множество правовых категорий.

Например, П.А. Фефелов пишет, что “это системная категория, дающая возможность представить целостную картину всех элементов юридической части надстройки” [5, с. 65].

Как правило, авторы исходят из концепции перспективно-ретроспективного регулирования, реализующегося в рамках регулятивных (перспективный аспект) и охранительных (ретроспективный аспект) уголовно-правовых отношений. Среди элементов уголовно-правовых механизмов называются нормы права, правоотношения и акты применения. Можно встретить и несколько иную интерпретацию за счет конкретизации содержания правоотношений.

Некоторой оригинальностью отличается стадийность и элементарное содержание социального механизма уголовно-правового воздействия В.М. Когана, выделяющего три уровня (стадии): обусловливание, формулирование и реализация, каждому из которых принадлежит особый набор элементов [2, с. 9].

Однако надо иметь в виду, что уголовно-правовое воздействие есть государственная деятельность, а уголовное право – публичная отрасль права, где поведение субъекта характеризует противоположную часть властеотношения и не имеет непосредственной связи с правоприменительной деятельностью (хотя и может в некоторой степени определять ее). В концепции В.М. Когана наблюдается несоот-

© А.И. Чучаев, 2010

ветствие уровней механизма уголовно-правового воздействия. Частные элементы не образуют более сложных правовых явлений такого процесса. Думается, автор отражает не социальный механизм уголовно-правового воздействия, а социальные факторы, влияющие на него.

Весьма спорным представляется и элементарный состав механизма уголовно-правового регулирования. В объем данного понятия П.А. Фефелов, например, включает уголовный процесс, как "процессуальную форму реализации уголовно-правовых норм". Фактически же речь идет о уголовно-процессуальных отношениях. Однако в таком случае не совсем логичным представляется отсутствие в числе элементов механизма уголовно-исполнительных правоотношений.

Более последовательна теория комплексного уголовно-правового механизма А.А. Васильченко. Он пишет: "Уголовное, уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное право, будучи неразрывно связаны между собой исторически, генетически, общими целями, задачами, принципами и т.д. являются самостоятельными отраслями права, но только в рамках образуемого ими единого уголовно-правового комплекса" [1, с. 77-78].

Отдельные механизмы правового регулирования отраслей криминального цикла соотносятся как части единого целого. Многие из институтов "служебных" отраслей выступают лишь процессуальной формой реализации базовых уголовно-правовых явлений. Однако имеется масса институтов исключительного характера, индивидуализирующих предмет регулирования уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права.

Криминалистические теории механизмов включают также понятие стадийности. Однако учение о стадиях механизма не всегда отражает последовательность определенных действий (процедур) либо развитие единого сложного понятия во времени. Чаще дается субординация различных уголовно-правовых институтов. Более общие понятия формулируются через связь с соподчиненными явлениями [5, с. 54].

Каждая из стадий при этом связывается с самостоятельной реализацией определенных базовых элементов. Чаще исследованию подвергается переход от позитивной ответственности к ретроспективной, от действия закона к его реализации посредством замены регулятивных уголовно-правовых отношений охранительными. Так, В.С. Прохоров, Н.М. Кропачев и А.Н. Тарбагаев полагают, что, совершая преступление, гражданин нарушает индивидуально-неопределенное регулятивное отношение, оставаясь при этом его субъектом, но уже с изменившемся статусом. Конфликтная связь является продолжением нарушенной общественно необходимой связи, а индивидуально определенное охранительное правоотношение – формой существования нарушенного регулятивного [3, с. 96].

Более удачным видится описание стадийности механизма уголовно-правового регулирования А.А. Васильченко. Он отождествляет термины звенья и стадии процесса. Система механизма выглядит весьма традиционно и, на первый взгляд, повторяет общетеоретический подход С.С. Алексеева (норма – правоотношение – акт реализации права). Детальное рассмотрение звенной системы позволяет

не только отметить иное деление процесса регулирования на стадии, но и другой аспект в содержании последних.

Катализаторам правового процесса особого внимания в литературе не уделяется. Авторы в большинстве случаев не описывают факторы, с которыми связывается переход от одной стадии механизма к другой, от реализации одного уголовно-правового явления к другому. На макроуровне исследование таких юридических фактов ограничивается констатацией совершения общественно опасного деяния. При этом преступление иногда признается одним из основных звеньев механизма, наряду со средствами уголовно-правового принуждения (наказанием) [5, с. 229].

Особой оригинальностью отличается подход к способности механизма приходить в движение П.А. Фефелова. Он полагает, что такая энергия заключена в государственной власти. Автор ограничивается формулированием своей точки зрения, не поясняя и не аргументируя ее [5, с. 67]. Это затрудняет интерпретацию представленной позиции. Опираясь на общие положения концепции механизма регулирования П.А. Фефелова, можно лишь предположить, что речь идет о правоприменительных актах органов государственной власти.

Криминологический анализ механизмов отдельных уголовно-правовых мер раскрывают горизонтальные взаимосвязи правовых норм, однако рассматриваются они неоправданно узко, лишь с позиции обеспечения исполнения назначенной судом меры.

В рамках отдельные отраслей права больший интерес представляет исследование специальных проблем и явлений меньшей степени обобщения и абстракции. Весьма перспективным видится описание горизонтальной (внутристадийной) взаимосвязи институтов уголовного права.

Теории механизма права должны основываться на уровне абстракции исследуемых категорий и их месте в общем категориальном ряду системы права. Механизм уголовно-правового регулирования можно представить как двустадийный процесс, состоящий из правотворческой и правоприменительной деятельности. Используя терминологию А.А. Васильченко, на стадии правотворчества (регламентации) действие права должно рассматриваться вне процесса регулирования, в качестве интеллектуально-волевого и воспитательного фактора. Правоприменительная деятельность есть уголовно-правовое воздействие в процессе регулирования. Поэтому механизм уголовно-правового воздействия составляет часть механизма регулирования, рассматриваемый на стадии правоприменения.

Механизм уголовно-правового воздействия – абстрактная правовая конструкция, имеющая прикладное научно-практическое значение. Он представляет собой модель реакции государства на совершение общественно опасного деяния. Необходимость проведения такого рода исследований обусловлена изучением структуры, “внутреннего устройства” явления.

Концепция рассматриваемого механизма должна опираться на системную организацию уголовно-правового воздействия и строиться в соответствии с его сущностью, временными границами, содержанием и объектом. Необходимо

различать механизм реализации уголовной ответственности, который уже по содержанию, но продолжительнее по времени, чем механизм уголовно-правового воздействия, и механизмы отдельных мер уголовно-правового характера, поглощаемые общим механизмом уголовно-правового воздействия.

Само уголовно-правовое воздействие и его механизм суть различные правовые категории. Вторая отражает процесс реализации первой и является ее научной моделью. Механизм уголовно-правового воздействия – реакция на общественно опасное деяние в развитии, с момента своего зарождения до утраты активности. Он описывает систему мер уголовно-правового характера в порядке внутреннего и внешнего взаимодействия.

Элементы механизма уголовно-правового воздействия должны отвечать всем признакам системного целого, повторяя объем базового правового понятия. С одной стороны, такие элементы призваны структурно отражать уровень обобщения базовой категории и ее специфику; с другой, подчеркивать общий подход к явлениям права.

По общеотраслевой терминологии элементы механизма уголовно-правового воздействия следует именовать правовыми средствами. Правовыми средствами воздействия могут быть названы не все нормы Общей части УК РФ, имеющие отношение к мерам уголовно-правового характера. Необходим дифференцированный, избирательный подход к содержанию последних. Видится обоснованным проведение содержательного анализа уголовно-правовых норм, выявление функционального значения образованных ими институтов и установление субординации последних.

Термин “правовое средство” является ориентирующим и акцентирует внимание на понятии воздействия. Поэтому особую роль приобретает не просто развитие явления, а его внешняя результативность. Данное обстоятельство подчеркивает целеполагание и практическое значение базовой категории. В механизме уголовно-правового воздействия необходимо описывать и процесс преобразования правового статуса личности как объекта социально-правовой деятельности.

Механизм уголовно-правового воздействия можно определить как научную модель, отражающую взаимодействие и функционирование отдельных частей системы мер уголовно-правового характера в процессе достижения общей цели специальной превенции посредством правоограничительного влияния на правовой статус лица, совершившего общественно опасное деяние. В свою очередь элементы механизма уголовно-правового воздействия представляют собой правовые средства как нормативно-определенные инструменты регулятивного характера, отражающие государственно-принудительное влияние на юридический статус личности.

Отдельные формы и меры уголовно-правового воздействия могут быть представлены в виде сложных комплексных правовых средств.

Единство всех правовых явлений заключается в понимании элементарных составляющих такого механизма, наиболее простых правовых средств. Следует согласиться с В.Д. Сорокиным, отстаивающим тезис о единстве метода правового

регулирования как системе, складывающейся из трех первоначальных способов воздействия (дозволения, предписания и запрета). Специфичность соотношения данных правовых способов воздействия в уголовном праве заключается в доминировании запретов, обеспечиваемых двумя другими элементами [4, с. 115, 117, 120]. Таких взглядов на методы уголовно-правового регулирования придерживаются многие криминалисты [6, с. 34-35].

Простыми составляющими механизма уголовно-правового воздействия выступают дозволения, обязывания и запреты, которые могут иметь характер льгот, поощрений, взысканий и т.п.

Понимание механизма воздействия не ограничивается описанием элементарного содержания самой реакции на нарушение уголовно-правовой нормы. Рассматриваемая категория включает смежные явления, выступающие своеобразными "катализаторами" правового процесса. Подвижность правовой модели отражают юридические факты как нормативно определенные обстоятельства, с наступлением (реализацией) которых закон связывает применение, изменение и прекращение действия того или иного элемента механизма (правового средства). При изучении модели правового механизма им должно отводиться особое место, нетождественное элементам уголовно-правового воздействия и соответствующее выполняемой роли.

Элементы механизма уголовно-правового воздействия приводятся в действие наступлением законодательно определенных обстоятельств, отражающих: а) события (например, приговор); б) поведение лиц, совершивших общественно опасное деяние (например, явка с повинной). Они не входят в структуру уголовно-правового воздействия, выступая условиями, определяющими дифференциацию принудительного влияния с момента его назначения до окончания реализации.

Литература

1. Васильченко А.А. Система уголовно-правового регулирования общественных отношений // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. Материалы 5-й Международной научно-практической конференции 24–25 января 2008 г. – М., 2008. – С. 77-78.
2. Коган В.М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия. – М., 1983.
3. Прохоров В.С., Кропачев Н.М., Тарбагаев А.Н. Указ. раб.
4. Сорокин В.Д. Правовое регулирование: Предмет, метод, процесс (макроуровень). – СПб., 2003.
5. Фефелов П.А. Механизм уголовно-правовой охраны (основные методологические проблемы). – М., 1992.
6. Яцеленко Б.В. Сущность уголовного права. – М., 1995.

Анотація

Чучаєв А.І. **Механізм кримінально-правового впливу: загальні проблеми поняття та змісту.** – Стаття.

Проблеми механізму кримінально-правового регулювання, впливу (реалізації відповідальності, покарання та інших кримінально-правових заходів) викликають все більший інтерес. Найчастіше формульоване поняття правового механізму не відповідає обсягу базової категорії, що їм розкривається. Проводиться уніфікація загальнотеоретичної концепції та ігнорування специфіки досліджуваних явищ.

Ключові слова: механізм кримінально-праововго впливу

Summary

ChychaevA.I. **Mechanism of criminal and legal influence: concept and maintenance.** – Article.

Problems of the mechanism of criminal-legal regulation, influence (realization of responsibility, punishment and other criminal-legal measures) cause the increasing interest. The most frequent formulated the concept of legal mechanism which does not answer to volume of a base category which it reveals. The spending of unification of the general-theoretical concept and ignoring of the specific of investigated phenomena.

Key words: mechanism of criminal-legal impact

УДК 343.211.4

М.І. Хавронюк

МІФ ПРО СПРАВЕДЛИВІСТЬ І МИЛОСЕРДЯ (ДО ПИТАННЯ ПРО МЕХАНІЗМ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ)

"Миф – не идеальное понятие, и также
не идея и не понятие. Это есть сама жизнь".
(А.Ф. Лосев. Философия. Мифология. Культура).

Колись злочином було лише те, що тягнуло за собою смертну кару. Дуже просто: якщо ти вчинив зло іншому, то правильно і справедливо буде, якщо ти помреш і більше ніколи не зможеш порушувати табу.

Згодом – з розвитком релігії, моралі і права – виникло милосердя: перелік злочинів (табу) розширювався, а разом з цим мали збільшувались випадки застосування покарання, проте карати на смерть усіх підряд було немислимо. Смертну кару у багатьох випадках погодились замінити, наприклад, понівеченням: око за око, руку за руку… – таке тоді було милосердя.

Справедливість же завжди була прямою, непоступливою, любила підкреслювати, що не потерпіть ханжества та лицемірства, вимагала рівності для всіх (хоча мала б розуміти: життя – не аптекарські ваги, в житті рівності бути не може, і заперечувати це як раз і є ханжеством та лицемірством). Злочин, повчала вона, – це те, за що треба застосовувати покарання, те, що поза всяким сумнівом має тягнути за собою покарання. Якщо за конкретний злочин не застосовувати покарання, то цей злочин буде вчинюватись знову, так само якщо покарання не буде адекватним злочину через свою м'якість. Якщо за злочини взагалі не застосовувати покарань або постійно застосовувати неадекватні покарання, то усі злочини будуть вчинюватися знову і знову. Хіба зупинить кого-небудь покарання, якщо воно – примара?..

Милосердя ж завжди хвалилось своєю гнучкістю, творчими нахилами і схильністю до новацій. Воно придумувало обставини, за яких злочин перестає бути злочином, і нові, все менш тяжкі види покарань, вигадувало випадки, за яких покарання не є обов'язковим до застосування, та суб'єктів, для яких

© М.І. Хавронюк, 2010

покарання не є обов'язковим до застосування. Милосердя волало про вільний розвиток особистості, і про те, що численні заборони та відповідальність за їх порушення гнітять людську волю. Милосердя – спасибі йому – поступово добилося скасування смертної кари, заміни каторжних робіт виправними і громадськими... Врешті-решт покаранням став звичайний осуд: суддя в залі засідань помахав вказівним пальцем – ось і все.

Отак справедливість і милосердя тисячоліттями змагались: кожний хотів бути зверху.

І це тягнулось аж до наших часів. Тут в їх змагання втрутилась корупція. Вона відправила справедливість і милосердя у відставку і сама-одна почала грати їх ролі. Схопили злочинця на місці злочину, запитують його:

– Хочеш милосердя?
– Хто ж не хоче?
– Плати.

Не заплатив – передали в руки справедливості. А відкупився від слідчого, адвоката, прокурора, судді – пішов знову зло чинити. Корупція радіє: ніби і справедливість восторжествувала, адже заплатив злочинець чотири штрафи в різні кишені, мало йому не покажеться, і милосердя в пошані – покарання ж не призначалось!

Схопили іншого:

– Ти вчинив злочин, плати.
– Який же злочин?

Роздивились, дійсно, у переліку злочинів такого діяння немає. Звернулись до законодавця – корупція тут як тут. І пішло: що не місяць, так і кілька нових діянь у списку злочинів з'являється – і покарання за них все більш суворі. Це корупція за команду справедливості грає. І тут же – що не місяць, так і нові правила про пом'якшення покарання або новий закон про амністію. Це корупція – вже у майці милосердя – забиває голи у протилежні ворота[1].

Чим більше статей у переліку злочинів, чим більш суворі види і більш високі розміри покарання – тим ширше можливості для усіляких маніпуляцій: можна і перекваліфіковувати на інші, "більш м'які" статті, і зменшувати розмір покарання, і переходити до іншого виду покарання, і заміняти іншими видами, а потім – під амністію, під амністію[2]... А ні – то на помилування[3]. Всі, хто при владі, водночас і при грошах: їм платять і за справедливість, і за милосердя.

---

[1] За нашими підрахунками: станом на 1 березня 2010 р. зміни торкнулись 333 статей Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 р. Як у варварських правдах часів Середньовіччя, кримінальний закон стає усе більш казуїстичним: його норми намагаються охопити все більше варіантів злочинної поведінки; протягом 2001–2009 років на розгляд Верховної Ради України було внесено близько 400 законопроектів щодо змін до Кримінального кодексу України, які торкнулись практично усіх його статей, а також запропонували кілька десятків нових складів злочинів.

[2] Лише у 2009 р., згідно з черговим Законом України "Про амністію", було звільнено від покарання понад 4 тисячі засуджених.

[3] Щороку Президентом України видаються укази про помилування понад тисячі засуджених.

Механіка, за В.І. Далем – це наука вигідного застосування сил [2]. Як казав Архімед: "Дайте мені точку опори, і я переверну світ". Отже, механізм можна визначити як систему засобів, які дозволяють ефективно застосувати силу. Відповідно, механізм кримінально-правового впливу – це система засобів антикриміногенного характеру.

Переважна більшість вчених-криміналістів механізм кримінально-правового впливу наївно уявляє собі та представляє іншим таким, ніби він діє в ідеальній державі, де не існує корупції, зловживання службовим становищем, перевищення влади, халатності, безвідповідальності тощо. А як можна на щось спертися, стоячи по горло у цьому бруді?

Класичним прикладом наукового наївнізму є дослідження В.К. Дуюнова, який виділяє кілька форм кримінально-правового впливу, що поряд з цілями, принципами, засобами, суб'єктами та об'єктами, становлять основу зазначеного механізму [3]. Це:

1) прийняття кримінально-правових норм, які містять негативну оцінку (осуд) певних суспільно небезпечних діянь і тим самим здійснюють попереджувальний вплив на "нестійких" громадян;

2) звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, за так званими нереабілітуючими обставинами;

3) притягнення винного до кримінальної відповідальності та його засудження: а) без призначення покарання; б) з призначенням покарання та звільненням від його відбування; в) з призначенням покарання, його частковим реальним виконанням і наступним звільненням від подальшого виконання покарання; г) з призначенням і реальним виконанням покарання;

4) судимість.

На мою думку, надто сумнівною є попереджувальна цінність таких форм кримінально-правового впливу, як засудження без призначення покарання і засудження з призначенням покарання та одночасним звільненням від його відбування. Отримавши такий вирок суду, будь-який злочинець з переможним виглядом кине в обличчя потерпілим: "А я ж вам казав, що нічого мені за це не буде?!"

Так само і звільнення від кримінальної відповідальності як форма правового впливу може мати право на існування – але як виняток, а не правило (випадків звільнення від кримінальної відповідальності може бути не більше 10%). Між тим, статті КК України, які передбачають різні види такого звільнення, просто рясніють оціночними термінами ("щиро покаялась", "активно сприяла", "виправдає довіру колективу", "перестала бути суспільно небезпечною" тощо), які надають слідчому, прокурору і судді найширші можливості для корупційних зловживань. О.О. Дудоров й В.І. Осадчий правильно зазначають, що при звільненні від кримінальної відповідальності не постановляється обвинувальний вирок суду, яким особа офіційно визнається винною у вчиненні злочину і який виражає негативну оцінку вчиненому і діячу з боку держави, а держава з різних міркувань відмовляється від свого права піддати особу, яка вчинила злочин, осуду і, тим більше, примусу, що передбачені кримінальним законом [4, с. 65].

Нарешті, існування кримінально-правових норм, які містять негативну оцінку (осуд) певних суспільно небезпечних діянь, якщо і здійснює кримінально-правовий вплив саме по собі, то лише негативний: за умов, коли такі норми систематично не реалізуються в усіх можливих реальних формах, то "нестійкі" громадяни, навпаки, стають ще більш "нестійкими", а "стійкі" починають вільно чи невільно думати, що їхня чесність, порядність, законослухняність більше не мають суспільної цінності. Ці норми так само не попередили жодного злочину, як плакати із закликом "Любіть Україну!", що розвішані по всіх наших дорогах, не виховали жодного патріота.

Яскравою ілюстрацією того, як насправді працює механізм кримінально-правового впливу в сучасній Україні, є статистичні дані про результати його роботи (візьмемо для прикладу 2008 рік, бо дані за 2009 рік ще остаточно не сформовані):

– зареєстровано заяв і повідомлень про злочини – 2 874 355, але лише по 335 441 (11,7%) з них прийнято рішення про порушення кримінальної справи. Отже, із усіх зазначених заяв і повідомлень 88,3% виявились неправдивими або з інших причин такими, що не підтвердились. Це характеризує, по-перше, українців як осіб, які переважно з малозначного приводу чи зовсім без такого, не роздумуючи, біжать із заявами про злочини до міліції, прокуратури та інших правоохоронних органів, а по-друге, – правоохоронні органи як такі, що нібито мають надвисокий рівень довіри у населення [1;4];

– вчинено злочинів загальнокримінальної спрямованості – 345 817, із них не розкрито – 107 059 (отже, розкрито – 238 758). При цьому кількість осіб, які потерпіли від злочинів – 214 848, із них загинуло – 8 656;

– виявлено осіб, які вчинили злочини – 207 740 (беремо за 100%), у т.ч. тих, хто раніше вчинив злочин – 46 177;

– постало перед судом підсудних – 172 755 (83,2%). Де зникла решта 16,8%, статистиці невідомо;

– звільнено від кримінальної відповідальності (справи закрито)[1] – 24 661 (11,9%);

– виправдано – 270 (0,1%). Отже, правоохоронні органи України, як і СРСР за часів Сталіна, не помиляються: якщо вже поставили обвинуваченого перед судом, то шанс, що суд його виправдає, лише один із тисячі. Для порівняння: в судах США і Західної Європи частка виправдувальних вироків становить 17–25%, в Росії щороку виправдувальні вироки виносяться стосовно 10 тис. осіб, тобто 3% підсудних (у судах присяжних – 18%) [6];

– звільнено від покарання засуджених – 77 948 (37,5%), у т.ч. з випробуванням – 76 687;

– засуджено з призначенням покарання та його реальним відбуванням – 55 755 (26,8%), у тому числі: а) призначене довічне позбавлення волі – 70 (0,1%); позбавлення волі на певний строк – 32 895 (59,0%);

[1] Тут не враховані ще 32 тисячі задоволених судами у 2008 році постанов слідчих про вирішення питання щодо закриття справ у зв'язку із закінченням строків давності у справах щодо невстановлених осіб, які вчинили злочини у минулі роки.

штраф – 21 964 (39,4%); інші види покарань – 13981 особам (25,1%); б) засуджено із застосуванням ст. 69 КК України – 13 155 осіб (23,6%).

Крім того, певну кількість осіб[1], засуджених з призначенням покарання, згодом звільняють від його відбування.

Цікаво, що згідно із законом (статті 45–48, 75 КК України) звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила тяжкий й особливо тяжкий злочин, не допускається, а звільнення від відбування покарання з випробуванням може застосовуватися судом тільки з урахуванням тяжкості злочину. Між тим, за статистикою, у 2008 р. звільнені від кримінальної відповідальності: у зв'язку з дійовим каяттям – 14 осіб, які вчинили тяжкий злочин; у зв'язку з примиренням винного з потерпілим – 12 таких осіб; з передачею на поруки – 2; у зв'язку зі зміною обстановки – 40 осіб, які вчинили тяжкий і 3 – особливо тяжкий злочин; звільнено від відбування покарання з випробуванням 26 947 осіб, які вчинили тяжкий злочин, і 1 413 осіб, які вчинили особливо тяжкий злочин.

Таким чином, із числа осіб, викритих у вчиненні злочинів, засуджено з призначенням покарання та його реальним відбуванням трохи більше чверті – 26,8%. Тобто такий правовий наслідок вчинення злочину – виняток. Правилом же (73,2%) стало звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання – навіть у випадках, не передбачених законом.

Заради точності зазначу, що вираз "у дзеркалі статистики" настав час замінити виразом "у кімнаті сміху", бо на відміну від часів І.Ільфа та Є.Петрова, коли "статистика знала все", зараз вона, принаймні у кримінальній сфері, знає далеко не все, а те, що знає, викривляє, і хто б не подивився в "дзеркало статистики", може побачити там лише якогось виродка.

Чого варті дані, наприклад, про структуру злочинності або про кількість окремих видів злочинів, якщо при засудженні особи за вчинені нею декілька різних злочинів до судової статистики потрапляє лише та стаття КК України, яка є найбільш тяжкою? Або ось такий дивний статистичний факт: після передачі умисних вбивств до підслідності слідчих міліції кількість тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть потерпілого, у 2007 р. зросла аж на 12%, а кількість зареєстрованих вбивств навпаки зменшилась на 7,5%[7, с. 166]. Якщо статистичні дані по вбивствам як найбільш тяжкім і водночас найменш латентним злочинам настільки викривлені, то що ж казати про статистичні дані по хабарництву, фактів якого реєструється лише від 1 до 2%, чи по незаконному обігу наркотичних засобів!?

У кримінальній статистиці немає точних і повних даних про усі види:

– засудження без призначення покарання (ч. 5 ст. 72, ч. 4 ст. 74, ч. 5 ст. 74, ч. 2 ст. 84),

– засудження, поєднаного із звільненням від відбування покарання (ч. 2 ст. 74, статті 75–78, 79, 104, ч. 3 ст. 84, статті 86, 87, 105),

[1] Яку саме кількість, важко сказати, бо такої статистики ні ДСА України, ні Державний департамент України з питань виконання покарань не ведуть.

– заміни невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням (ст. 82) і яким саме,

– не поєднаного із засудженням звільнення від відбування покарання (статті 80, 81, 83, ч. 1 ст. 84, ч. 2 ст. 84, статті 106, 107 КК України),

– застосування судом восьми загальних і понад п'ятнадцяти спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених статтями Особливої частини КК України, тощо.

Механізм кримінально-правового впливу у тому вигляді, як його уявляє більшість вчених-криміналістів, належно не діє, бо більшість його деталей нереальні, вони – фантом. Фактично ККД (коефіцієнт корисної дії) механізму кримінально-правового впливу – не більше 33%. Загалом його цілі розмиті, принципи занехаяні, засоби занедбані, а суб'єкти безвольні і безсилі щось виправити.

Вихід вбачаю у тому, щоб провести антикорупційну експертизу Кримінального кодексу України і у встановленому порядку внести до нього зміни, необхідні для мінімізації корупційних ризиків. До тих пір, доки справедливість, милосердя, совість, інші цінності, відомі нам як етичні категорії, будуть предметом брудної торгівлі, жодні державно-правові механізми у цьому бруді належно працювати не зможуть.

Література

1. Всеукраїнське дослідження "Корупція в Україні: влада, держава, суспільство" [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://crimea.unian.net/ukr/detail/7139.
2. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка // http://slovardalja.net/word.php?wordid=15749
3. Дуюнов В. К. Механизм уголовно-правового воздействия: Теоретические основы и практика реализации: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.08. – Тольятти, 2001. – 512 с.
4. Інститут соціальної та політичної психології АПН України. [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.niss.gov.ua/Monitor/may/004.htm
5. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2009. – С. 65.
6. Кручинин Ю.С. Оправдательный приговор как форма судебного контроля за обеспечением прав человека и гражданина // http:advokpalata-21.ru/kruchinin_yu.s._opravdat; http://linx-meow.livejournal.com/61797.html.
7. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. – Х.: Право, 2008. – Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В.В. Сташиса. – С. 166.

Анотація

Хавронюк М.І. **Міф про справедливість і милосердя (до питання про механізм кримінально-правового впливу).** – Стаття.

Стаття висвітлює механізм кримінально-правового впливу на злочинність. Проаналізовані статистичні дані стану злочинності на 2008 рік для ілюстрації роботи механізму кримінально-правового впливу. Доведено необхідність проведення антикорупційної експертизи Кримінального кодексу України і внесення до нього зміни, необхідні для мінімізації корупційних ризиків.

Ключові слова: механізм кримінально-праововго впливу, злочинність

Summary

Havronyuk M.I. **A myth is about justice and mercy (to the question about the mechanism of criminal and legal influence).** – Article.

In this article the author analyzed the mechanism of criminal-legal influence to the criminality. The author analyzed statistical tributes of criminality's condition for 2008 for an illustration of work of the mechanism of criminal-legal influence. For the minimization of corruption risks it's important to carry out the anticorruption examination and making changes in the Criminal Code of Ukraine.

Key words: criminal legal impact, crime

УДК 343.222.4

П.В. Хряпінський

ЗАОХОЧУВАЛЬНІ НОРМИ В РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМА ПОЗИТИВНОГО АСПЕКТУ

Правомірна поведінка є головною метою у механізмі кримінально-правового регулювання, де на першому місці знаходяться норма Кримінального кодексу України (далі – КК), що містить правову вимогу (заборону чи дозвіл) та суб'єкт – її адресат, спроможний усвідомити вимогу КК та співвіднести з нею свою поведінку. Кримінально-правова норма зумовлює необхідність відповідної реакції держави на вчинення як протиправної, так і правомірної поведінки, по-перше, тому, що так зобов'язує суспільна необхідність та, по-друге, що цього потребує сама природа права. Кримінальне право, звичайно, втратило б загальну обов'язковість й нормативність, якби не було спроможне забезпечувати виконання заборон та дозволів. Соціальна сутність кримінальної відповідальності полягає у тому, що вона виступає суспільно обумовленою і встановленою КК мірою мінімально необхідної соціально-рольової поведінки і, відповідно, забороняє вчиняти найбільш небезпечні діяння та заохочує соціально корисну поведінку у сфері кримінально-правового регулювання.

Позитивний аспект кримінальної відповідальності реалізується в усвідомленій та вольовій поведінці суб'єктів – учасників як регулятивних, так і охоронних правовідносин, котрі складаються відповідно з реалізації суб'єктивних прав, виконання покладених обов'язків, використання наданих повноважень та дотримання кримінальних заборон. Такий підхід до проблеми кримінальної відповідальності зумовлює багато варіантів правомірної поведінки у кримінальному праві, але коли його заборони порушуються, – надає чимало перспективних форм вирішення кримінально-правових конфліктів. Також він є дієвим чинником вирішення завдань КК у частині правового забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, а також запобігання злочинам. З цих позицій можна вважати, що ефективність кримінального законодавства повинна визначатися тим, якою мірою його норми стримують від вчинення злочинів взагалі та як вони стимулюють соціально-корисну, правомірну поведінку у вирішенні кримінально-правових конфліктів, зокрема.

© П.В. Хряпінський, 2010

Позитивний аспект кримінальної відповідальності, на наш погляд, у якості правової передумови має виключно заохочувальні норми кримінального законодавства [1, с. 27]. В них передбачається соціально-корисний варіант поведінки у кримінальному законодавстві. Поряд з іншими функціями кримінальне право виконує й функцію заохочення соціально-корисної поведінки, здійснюючи тим самим регулятивний вплив на суспільні відносини. Прихильники позитивної відповідальності пов'язують зовнішній її прояв з практичною поведінкою суб'єктів правовідносин по виконанню вимог кримінально-правових норм. Позитивний аспект кримінальної відповідальності реалізується у заохочувальних нормах, рисою яких є взаємозалежність між характером поведінки, що схвалюється законом, й кримінально-правовим заохоченням. Зазначені норми торкаються у більшості випадків так званої позитивної посткримінальної, пенітенціарної та постпенітенціарної поведінки особи. Утім серед них є норми, які регулюють "санкціоноване" завдання шкоди об'єктам правової охорони. Правомірні вчинки, що завдають санкціонованої шкоди об'єктам кримінально-правової охорони, "явно не вписуються" у посткримінальну поведінку, більш того, вони спрямовані на протидію злочинам та соціально-небезпечним посяганням. Правомірна поведінка, що визначена цими обставинами, є особливо цінною. У основі її мотивів лежить суспільно-корисна спрямованість: суб'єкт передбачає наслідки свого діяння, знає позицію закону з цього питання і бажає діяти саме таким чином. За поглядами Ю.В. Бауліна, ці норми покликані впливати на свідомість і волю суб'єктів таким чином, щоб останні прагнули, без страху бути притягнутими до кримінальної відповідальності, здійснювати правомірні вчинки, пов'язані з завданням шкоди об'єктам кримінально-правової охорони [2, с. 90]. Серед опитаних працівників досудового слідства, прокурорів, адвокатів та суддів (загалом – 326 осіб) обставини, що виключають злочинність діяння, віднесли до заохочувальних норм КК загалом 85 осіб (26,07%), серед них адвокатів – 45 (34,62%), слідчих – 28 (26,42%), прокурорів – 3 (9,37%) та суддів – 9 (15,52%) від загальної кількості осіб кожної групи.

На сьогодні заохочення досить активно впроваджується у правову матерію, але специфіка охоронної спрямованості кримінального законодавства, зумовлює своєрідність заохочення у КК. Заохочення у кримінальному законодавстві на відміну від інших галузей законодавства не передбачає винагород особистого, майнового чи морального характеру у вигляді пільг, премій, визнання заслуг тощо. Заохочення соціально-корисної поведінки у кримінальній сфері реалізується виключно у різній ступені мінімізації потенційного або реального кримінально-правового обтяження. Здійснений аналіз заохочення у КК надає можливість зробити висновок, що позитивний аспект кримінальної відповідальності реалізується у формах: 1) виключення; 2) звільнення; 3) пом'якшення кримінально-правового обтяження.

Соціальна цінність та кримінально-правова оцінка правомірної, соціально-корисної поведінки неоднорідна й, відповідно, неоднаковим є кримінально-правове заохочення. Мінімізації кримінально-правового обтяження визначається, на наш погляд, комплексом обставин, серед яких сукупно враховується:

а) стадія кримінально-правового відношення; б) соціальна спрямованість правомірної поведінки; в) фактичні наслідки соціально-корисної поведінки. Ю.В. Голик звертає увагу на неоднорідність кримінально-правового обтяження, що усувається заохоченням [3, с. 14]. Перспективним є поділ кримінальної відповідальності на реальну й потенційну. "Очевидно, – обґрунтовано зазначає Ю.В. Баулін, – кримінальна відповідальність, як і будь-який інший непостійний факт реальної дійсності, здатна і до потенційного існування" [4, с. 35]. З позицій цього підходу, майбутня, потенційна кримінальна відповідальність розуміється як передбачені кримінальним законом обмеження прав і свобод, яким може підлягати особа за вчинення злочину у майбутньому. Реальною ж кримінальна відповідальність стає для цієї особи з моменту набуття законної сили вироком суду, яким вона визнана злочинцем, і їй, як правило, призначене певне покарання, відбування якого пов'язане із низкою додаткових обмежень прав і свобод засудженої особи. Вважаємо доцільним виходити з умовного поділу кримінально-правового обтяження на реальне й потенційне.

Першою формою реалізації позитивного аспекту є виключення кримінально-правового обтяження. Вона здійснюється на стадії потенційної кримінальної відповідальності. Йдеться про вчинення правомірних, соціально-корисних вчинків з протидії злочинним й суспільно-небезпечним посяганням. Складність об'єктивних і суб'єктивних ознак, їх схожість з злочинами, зумовлюють необхідність кримінально-правової кваліфікації обставин, як таких, що виключають злочинність діяння. Заохочувальні норми, як і заборонні, виступають правовою підставою для офіційної кримінально-правової оцінки діяння. Наявність же сукупності ознак, передбачених заохочувальною нормою, виступає підставою для кваліфікації діяння як правомірного або ж такого, за які кримінальна відповідальність не настає [5, с. 108]. Серед таких обставин до заохочувальних норм відносяться: необхідна оборона (ч. 1 ст. 36 КК), затримання особи, що вчинила злочин (ч. 1 ст. 38 КК), крайня необхідність (ст. 39 КК), виконання наказу або розпорядження (ч. 1 ст. 41 КК), діяння, пов'язане з ризиком (ч. 1 ст. 42 КК), виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 1 ст. 43 КК). Ці діяння визнаються правомірними і суспільно корисними. Соціальна спрямованість на протидію злочинним та суспільно-небезпечним проявам зумовлює їх виключно позитивну оцінку суспільством й законодавцем. Фактичними наслідками вчинення діянь, за умови не перевищення меж достатньої й необхідної шкоди правоохоронним інтересам, є відвернення чи припинення суспільно-небезпечного посягання чи злочину, затримання особи, яка вчинила злочин і доставлення її відповідним органам влади, усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним правам інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави; виконання законного наказу або розпорядження, досягнення значної суспільно-корисної мети в умовах виправданого ризику, попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Другою формою реалізації позитивного аспекту є звільнення від кримінально-правового обтяження. Вона пов'язується із звільненням від кримінальної відповідальності, призначеного покарання та його відбування за умов позитивної поведінки, що здійснюється на стадії потенційної та реальної кримінальної відповідальності [6, с. 49]. Більшість практичних працівників, а саме – 211 осіб або 64,72%, від загальної кількості (326 осіб), віднесли ці приписи до заохочувальних норм КК. Зазначена форма передбачена у нормах про: добровільну відмову при незакінченому злочині (ст. 17 КК) і добровільну відмову співучасників (ст. 31 КК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45 КК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48 КК), звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49 КК), звільнення від покарання у зв'язку із втратою особою суспільної небезпечності (ч. 4 ст. 74 КК), звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК), звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років (ст. 79 КК) та інші норми, що заохочують позитивну пенітенціарну поведінку. В Особливій частині КК спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності передбачені у 18 нормах, а саме: ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1, ч. 5 ст. 235-4, ч. 5 ст. 235-5, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258-3, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321, ч. 5 ст. 235-4, ч. 5 ст. 235-5, ч. 6 ст. 369, ч. 4 ст. 401 КК.

Основне соціальне спрямування цього різновиду заохочувальних норм полягає в усуненні реальної небезпечності злочину та мінімізації фактичних суспільно-небезпечних наслідків. Так, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, примиренням винного з потерпілим у сукупності з активним сприянням розкриттю злочину і повним відшкодуванням завданих збитків або усуненням заподіяної шкоди та іншими підставами свідчить про остаточну втрату особою суспільної небезпечності [7, с. 50]. Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, що передбачені в Особливій частині КК, крім того характеризуються комплексною соціально-корисною поведінкою, що спрямована на активну співпрацю з правоохоронними органами і органами правосуддя.

Третя форма реалізації позитивного аспекту полягає у пом'якшенні кримінально-правового обтяження. Вона реалізується на стадії реальної кримінальної відповідальності при призначенні та відбуванні покарання, у нормах про: обставини, які пом'якшують покарання: з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину (п. 1) ч. 1 ст. 66 КК); добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (п. 2) ч.1 ст. 66 КК); надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину (п. 2-1) ч. 1 ст. 66 КК); призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом у випадку сукупності вищезазна-

чених пом'якшуючих обставин (ст. 69 КК), призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК), заміна невідбутої частини покарання більш м'яким (ст. 82 КК), дострокове зняття судимості (ст. 91 КК), дострокове зняття судимості за злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років (ч. 3 ст. 108 КК) [8].

Підсумовуюче зазначимо, що теорія позитивного аспекту кримінальної відповідальності розвиває та збагачує вчення про механізм кримінально-правового регулювання. Не зважаючи на постійну й підчас обґрунтовану критику, інтерес до неї зростає та вона продовжує набувати своїх прихильників. Соціальна цінність зазначеного феномену зумовлюється інтенсивними дослідженнями кримінально-правової відповідальності як основного регулятора суспільних відносин у кримінальній сфері. Вона дозволяє розширити предмет дослідження за рахунок соціально-корисної поведінки, що протиставляється суспільно-небезпечному діянню. Поглиблює уявлення про механізм кримінально-правового регулювання суспільних відносин способами й засобами, притаманними кримінальному інструментарію та розглядати кримінальну відповідальність не тільки як потенційне або реальне кримінально-правове обтяження у вигляді "виду та міри обмеження прав і свобод злочинця, що індивідуалізується судом та здійснюється спеціальними органами держави" [4, с. 30], але й пов'язуючи позитивні форми її реалізації із усуненням чи пом'якшенням реального або потенційного кримінально-правового обтяження.

Література

1. Хряпінський П.В. Позитивна кримінальна відповідальність (зміст, форми та реалізація): [наук. нарис] / П.В. Хряпінський – Запоріжжя: ТОВ "КСК-Альянс", 2008. – 115 с.
2. Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния: [моногр.] / Ю.В. Баулин. – Харьков: Основа, 1991. – 360 с.
3. Голик Ю.В. Уголовно-правовое стимулирование позитивного поведения. Вопросы теории: [моногр.] / Ю.В. Голик. – Новосибирск: Изд-во Новосиб. ун-та, 1992. – 80 с.
4. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: [моногр.] / Ю.В. Баулин. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
5. Навроцький В.О. Посткримінальна поведінка: поняття, види, правове значення / В.О. Навроцький // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: [щоріч. бюл.]. Вип. 10. – К.: КЮІ ХНУВС. – 2005. – С. 99-110.
6. Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: [моногр.] / П.В. Хряпінський. – Харків: Харків юридичний, 2009. – 840 с.
7. Егоров В.С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности: [моногр.] / В.С. Егоров. – М.: Моск. Психол.-социал. ин-т, 2002. – 279 с.
8. Голіна В.В. Судимість: [моногр.] / В.В. Голіна. – Харків: "Харків юридичний", 2006. – 384 с.

Анотація

Хряпінський П.В. **Заохочувальні норми у реалізації кримінальної відповідальності: проблема позитивного аспекту.** – Стаття.

Позитивний аспект кримінальної відповідальності реалізується в усвідомленій вольовій поведінці суб'єктів. Формами реалізації позитивного аспекту є: виключення кримінально-правового обтяження, звільнення від кримінально-правового обтяження, пом'якшення кримінально-правового обтяження. Теорія позитивного аспекту кримінальної відповідальності розвиває та збагачує вчення про механізм кримінально-правового регулювання.

Ключові слова: позитивна кримінальна відповідальність.

Summary

Hryapinskiy P.V. **Encouraging norms in realization of criminal responsibility: problem of positive aspect.** – Article.

Positive aspect of criminal liability finds it's realization in voluntary behavior of subjects. Positive aspect's realization forms are: exclusion of criminal consequences burden, release from such a burden or its mitigation. Theory of criminal liability positive aspect develops doctrine of criminal regulations.

Key words: positive criminal responsibility.

Розділ 2

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВПЛИВ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

УДК 343.222.4(477)

Ю.П. Дзюба

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ ЗАКОНІВ УКРАЇНИ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЯК СКЛАДОВА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Питання соціальної обумовленості кримінально-правової заборони певного виду (типу) суспільно небезпечної поведінки (криміналізація) виступають важливою складовою політики держави у сфері боротьби зі злочинністю. До питань соціальної обумовленості відносяться не лише фактори, що визначають прийняття кримінального закону, а й ті, що детермінують його збереження та вдосконалення, а також відмову від подальшого визнання діяння злочинним (декриміналізація).

Дослідження чинників (факторів), що впливають на створення кримінального закону, вироблення на їх підставі практичних рекомендацій щодо його прийняття (зміни, удосконалення) визначає ефективність кримінально-правової політики. Системна сукупність таких чинників утворює соціологічний субстрат кримінально-правової норми та дозволяє встановити генетичну природу кримінального права.

Головним чинником соціальної обумовленості кримінально-правових норм є суспільна небезпечність діяння. Суспільна небезпечність злочинних посягань полягає в тому, що останні завдають або створюють загрозу заподіяння істотної шкоди суспільним відносинам. Саме шкідливість діянь виступає основним критерієм криміналізації. Тобто шкода, що завдається злочином, є своєрідною матеріалізацією суспільної небезпечності, вираженням її зовні, конкретним актом поведінки людини.

Для з'ясування суспільної небезпечності злочину слід виходити з того, на які соціальні цінності він посягає. Аксіологічний підхід у цьому питанні є визначальним. Саме спрямованість діяння на основні цінності суспільства головним чином й обумовлює його суспільну небезпечність. Такими, що дозволяють з'ясувати суспільну небезпечність діяння та встановити її ступінь, виступають його об'єктивні ознаки, а серед них – об'єкт та відповідні наслідки злочину.

Система цінностей, що панує в суспільстві, визначає важливість, значущість захисту певних суспільних відносин. Теперішній етап розвитку держави характеризується тим, що відбувається повернення до основних прав людини й громадянина – тих, що належать власне людині (природні права) і таких, що визначають людину як громадянина (позитивні права). Ієрархія соціальних цінностей, яка виходить з конституційних приписів, зазвичай зображується як "особистість – суспільство – держава" з пріоритетом інтересів особистості над громадськими й державними інтересами.

Аксіологічний підхід знаходить своє безпосереднє відображення у об'єкті злочину, бо саме об'єкт у першу чергу визначає суспільну небезпечність останнього. Система цінностей становить предметне втілення системи діяльності

© Ю.П. Дзюба, 2010

й суспільних відносин, що виражають сутність життєдіяльності даної спільноти, її конкретно-історичного способу життя. А отже цінності вирізняються своєрідним онтологічним статусом.

Водночас, предмети об'єктивної реальності, не залежні ні від особистості, ні від людства, узяті окремо, ізольовано від соціуму, не є цінностями. Тільки у поєднанні із соціальними властивостями суб'єкта (у першу чергу з потребами, інтересами індивіда, суспільства або держави) певні властивості предмета обумовлюють його якісний стан як цінності. На додаток зазначимо, що не варто протиставляти природні та позитивні права, що належать людині і громадянину. У цьому сенсі слід уникати уявлення про первинність особистості, вторинність суспільства, що складається з особистостей, та про похідний характер держави. Безпека особистості й суспільства не можна уявити без міцної держави.

Ієрархія соціальних цінностей через об'єкт кримінально-правової охорони відображається як у структурі кримінального кодексу, так і у взаємозв'язку його структурних компонентів. Ніяка сукупність обставин діяння сама по собі, поза суспільними відносинами, не наділена властивостями суспільної небезпечності, а роль об'єкта як фактору суспільної небезпечності діяння настільки значна, що його навіть називають мірилом суспільної небезпечності злочину у цілому.

Водночас, суспільна небезпечність діяння визначається сукупністю його об'єктивних й суб'єктивних ознак, а саме – суспільною небезпечністю власне діяння, способу його вчинення, наслідків, суб'єкта злочину, виною тощо. Причому будь-яка з перелічених ознак може відігравати вирішальну роль у процесі криміналізації. Наприклад, одні й ті самі діяння, вчинені умисно, визнаються злочинними, а з необережності – ні (умисне заподіяння легких тілесних ушкоджень – ст. 125 КК України, а необережне – не становить кримінальної відповідальності). Так само визначальним критерієм криміналізації можуть виступати й інші ознаки, а саме – спосіб вчинення злочину, місце, час, певний мотив його вчинення тощо.

Більшість із зазначених вище обставин можуть, між іншим, відігравати вирішальну роль у процесі криміналізації. Причому суспільна небезпечність діяння визначаться однією або декількома, але обов'язково вирішальними ознаками, що схиляють шальки терезів на користь визнання того чи іншого діяння злочинним.

Власне посягання на одні й ті самі правоохоронювані інтереси, що завдають шкоди одним й тим самим суспільним відносинам, можуть по-різному оцінюватися з точки зору їх кримінально-правової регламентації залежно або від способу вчинення діяння в одних випадках, або від його мотивів в інших, або ж від форми психічного ставлення до нього. Зазначені обставини й несуть, поряд з об'єктом, основний заряд суспільної небезпечності відповідного діяння.

Показовим щодо цього виступає досвід законодавчого визначення бланкетних норм Особливої частини КК, при створенні яких у диспозиції статей вводяться так звані криміноутворюючі ознаки: розмір шкоди, спосіб, певні мотиви або мета злочину, ознаки спеціального суб'єкта або ж групи осіб. Для різних

кримінально-правових норм кількісний склад цих ознак неоднаковий. Так, для норм про злочини, що вчиняються у сфері господарської діяльності, такими ознаками є матеріальна шкода із вказівкою, де це можливо, її розміру, корисливі або інші низькі мотиви, насильницький або обманний способи вчинення діяння, посада суб'єкта злочину, повторність, вчинення злочину групою осіб. У нормах про комп'ютерні злочини такими ознаками є шкода, група осіб та спеціальний суб'єкт. У тих нормах, де названих ознак недостатньо, або ж якась з ознак доволі складна у визначенні (зокрема, при формулюванні оціночних понять), законодавець перелічує такі ознаки у поєднанні з узагальнюючим родовим поняттям (наприклад, у ч.2 ст. 194 КК при описанні загальнонебезпечного способу вчинення злочину) [1, 129].

Зазвичай значущість суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом, обратно пропорційна кількості факторів, необхідних для конструювання кримінально-правової норми. Наприклад, соціологічний аналіз норми, що передбачає відповідальність за вбивство (ст. 155 КК), свідчить про те, що будь-які посягання на життя, вчинені як шляхом дії, так і бездіяльності, поєднані як з умисною виною, так і з необережною, за будь-яких обставин місця й часу, вважаються злочинними. Достатнім у цьому сенсі є віднесення життя людини до однієї з головних цінностей, визначених у суспільстві.

Отже, саме характер суспільної небезпечності виступає найбільш важливим, хоча й не єдиним критерієм криміналізації. У зв'язку з цим можна виокремити соціально-юридичний і власне кримінологічний аспекти соціальної обумовленості норм кримінального права. Визначення кола злочинних діянь шляхом вироблення критеріїв злочинного й караного та виключення з їх числа діянь із врахуванням цих критеріїв становить, у свою чергу, важливий структурний компонент змісту кримінальної політики.

Безсумнівно, практичні рекомендації, вироблені суміжними з кримінальним правом науками, мають бути врахованими при вирішенні питань криміналізації суспільно небезпечних діянь. Однак низка факторів соціальної обумовленості норм кримінального права настільки значна за кількістю (В.І. Борисов, зокрема, налічує близько 20 таких факторів) [2, 29], суттєві ознаки останніх настільки мінливі та залежні від виду (типу) суспільних відносин, що виступають об'єктом кримінально-правової охорони, а позиції, висловлені в літературі з цього приводу, характеризуються таким ступенем суб'єктивізму, що висвітлення останніх навряд чи доцільне. Різниця у видах, характері явищ, що детермінують кримінально-правову заборону, викликають відмінності як у кількості, так і в змісті факторів, якими обумовлюється існування або прийняття відповідної кримінально-правової норми. Тому виділення найбільш важливих факторів, гетерогенна сукупність яких достатня для пояснення прийняття (зміни) кримінального закону, має проводитися виходячи з предмета дослідження (конкретних кримінально-правових норм).

Слід також враховувати, що правотворчий процес за багатьма ознаками може бути визначений як такий, якому притаманний емпіричний, а іноді й спонтанно-стихійний характер. Але це не звільняє від необхідності вироблення конкретних

рекомендацій щодо криміналізації або декриміналізації тих чи інших суспільно небезпечних діянь.

До низки важливих чинників прийняття або зміни кримінального закону в науці кримінального права традиційно відносять соціально-економічну обумовленість відповідних заборон. У зв'язку з цим звернемо увагу на два аспекти. По-перше, ціла низка суспільних відносин, що охороняються чинним КК, абсолютно не залежить від зазначеного фактору. Кримінально-правова охорона життя, здоров'я, власності тощо здійснюється незалежно від соціально-економічних умов життя суспільства. Тобто, не заперечуючи ролі економічного базису як визначального для всіх без винятку надбудовних явищ, відзначимо все ж таки їхню відносну самостійність. По-друге, при соціальному визначенні кримінально-правових норм слід враховувати можливі негативні наслідки їх прийняття, коли поза виробничою та іншою суспільно-корисною діяльністю може залишитися значна кількість громадян. У цьому сенсі слід розуміти, що саме по собі кримінальне покарання є важким тягарем, що держава бере на себе у зв'язку з забезпеченням відбування покарання. Тому мінімізація засобів кримінальної репресії має бути наріжним каменем кримінальної політики.

Виділяється також політичний фактор у соціальному аспекті криміналізації поведінки та поширеність суспільно-небезпечних діянь. Названі критерії не можуть бути визнані універсальними, тому що існує ціла низка суспільних відносин, посягання на які зустрічаються відносно нечасто (наприклад, державна зрада, шпигунство, бандитизм, тощо). Тому критично сприймаємо так звану концепцію об'єктивної соціальної норми, згідно з якою поширеність діянь пропонується визнавати головним критерієм в алгоритмі соціальної обумовленості кримінально-правової заборони. Тим не менш, у разі вибору засобів кримінальної репресії як альтернативи іншим заходам соціального впливу знов-таки виключно щодо певної, чітко визначеної категорії діянь, його застосування вбачається виправданим.

Ще одним фактором соціальної обумовленості кримінально-правової заборони є її ефективність. Криміналізація діяння доречна тільки тоді, коли використання методів інших галузей права визнається недостатнім для надійного захисту певних суспільних відносин.

Важливе значення у процесі криміналізації має нормативний фактор соціальної обумовленості [3, 155-159]. Цей фактор багато в чому визначає кримінальну відповідальність у нормах кримінального права з так званими бланкетними диспозиціями (господарські злочини, злочини проти громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту, тощо). Положення, що містяться в нормах відповідних галузей права подекуди не лише розкривають зміст відповідних приписів а й визначають межі притягнення до кримінальної відповідальності. Так, наприклад, зміни порядку та умов ліцензування, корегування видів діяльності, щодо заняття якими встановлюється заборона, зміна мінімальної заробітної плати, тощо – безпосередньо впливають на визначення кола кримінально-караних діянь. Тобто, кримінально-правова матерія фактично

перетікає з кримінального в галузеве законодавство. А тому використання вказаного фактора у цьому сенсі має бути максимально звужене.

Наступними факторами соціальної обумовленості кримінально-правової заборони виступають історичний і порівняльно-правовий [3, 159-161; 4, 86-87]. Враховуючи всю важливість історичного фактору соціальної обумовленості, слід зауважити, що він також не є універсальним. Наприклад, комп'ютерні злочини навряд чи можна дослідити в історичному аспекті, адже ще кілька десятиліть тому про ці злочини не могло бути й мови у зв'язку з відсутністю відповідного соціального явища (комп'ютеризації суспільства).

Не завжди спрацьовує й порівняльно-правовий фактор. Наприклад, кримінальне законодавство більшості європейських країн і США не містить норму про хуліганство. Зокрема, Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк визнає злочином дебош, вчинений не менш ніж чотирма особами (§ 240.05. статті 240). Польський КК 1997 р. Традиційно замість норми про хуліганство передбачає відповідні норми про злочини проти здоров'я та проти власності, вчинені з хуліганських мотивів. Немає норми про хуліганство у німецькому й іспанському кримінальних кодексах. Незважаючи на це, конструкція складу хуліганства в чинному КК України вбачається достатньо вдалою. Тим не менш, досвід законодавчого моделювання норм про кримінальну відповідальність інших європейських країн та держав СНД щодо переважної більшості злочинів може, на нашу думку, виступати одним з важливих критеріїв криміналізації діянь у чинному КК України.

Література

1. Панов Н.И. Преступление: методологические аспекты исследования и отражения в уголовном праве // Проблемы законности. – Х., 1995. – Вып. 30. – С. 121-129.
2. Борисов В.И. Основные проблемы охраны безопасности производства в уголовном законодательстве Украины. – Диссертация д-ра юрид.наук. – Х., 1992.
3. Дзюба Ю.П. Питання міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю у низці факторів соціальної обумовленості кримінально-правової заборони // Питання боротьби зі злочинністю. Збірник наукових праць. Вип. 17 / Ред. кол.: В.І. Борисов (голов. Ред.) та ін. – Х.: Вид-во "Кроссроуд", 2009. – С. 154-162.
4. Дзюба Ю.П. Щодо компаративного фактору як одного з чинників соціальної обумовленості кримінально-правової заборони // Наука-2009: теоретичні та практичні дослідження: матер. Міжнародн. Науково-практичної конференції, м. Черкаси, 23-24 квітня 2009р. – Черкаси: СУЕМ, 2009. – С. 86-87.

Анотація

Дзюба Ю.П. **Соціальна обумовленість законів України про кримінальну відповідальність як складова кримінально-правової політики держави.** – Стаття.

Питання соціальної обумовленості кримінально-правової заборони певного виду суспільно небезпечної поведінки виступають важливою складовою політики держави у сфері боротьби зі злочинністю. Дослідження чинників, що впливають на створення, зміни, удосконалення кримінального закону визначає ефективність кримінально-правової політики. Системна сукупність таких чинників утворює соціологічний субстрат кримінально-правової норми та дозволяє встановити генетичну природу кримінального права.

Ключові слова: кримінально-правова заборона, соціальна обумовленість.

Summary

Dzyuba Y.P. **Social conditionality of laws of Ukraine about criminal responsibility as a constituent of criminal and legal policy.** – Article.

For the policy of the state in a sphere of struggle against criminality is very important a question of a social conditionality of a criminal-legal interaction of a certain kind of socially dangerous behavior. Research of factors which influence to the creation, changes, improvement of the criminal law defines efficiency of a criminal-legal policy. System consisting with such factors forms a sociological substratum of a criminal-legal rule and allows to establish the genetic nature of the criminal law.

Key words: criminal law impact, social conditionality.

УДК 343.21

Ю.А. Пономаренко

ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Проблема поняття дії кримінального закону до цього часу залишається мало дослідженою в кримінально-правовій науці. Певною мірою це зумовлено тим, що і в загальній теорії права досі ще не досягнуто однозначності в розумінні загальних питань дії закону. Між тим, розуміння цього феномену має не тільки принципове теоретичне значення, оскільки, як слушно зазначає Ю.О. Тихомиров, дозволяє виявити та глибше зрозуміти особливості законодавчого впливу на поведінку людей та ефективність такого впливу [14, с. 222], а й важливе практичне, позаяк законодавець у відомому пакеті законів від 11 червня 2009 р. Щодо посилення боротьби з корупцією послідовно протиставляє “набуття законом чинності” та “введення закону в дію”.

Таким чином, першою проблемою, яка постає при визначенні поняття дії кримінального закону, є відмежування її від чинності кримінального закону. Чинність закону є його об’єктивною властивістю, пов’язаною з існуванням закону у часі, як такого [10]. Тому кримінальний закон, який є чинним, не обов’язково може діяти. Такі ситуації мають місце, наприклад, у випадках, коли відсутні юридичні факти, які зумовлюють дію кримінального закону – не вчиняються передбачені ним злочини. І навпаки, може діяти кримінальний закон, який вже не є чинним. Це має місце у випадках так званого “переживання” старого кримінального закону, коли закон, який вже втратив чинність, тим не менше застосовується до злочину, вчиненого під час його чинності, оскільки наступний кримінальний закон посилює кримінальну відповідальність. Тому правильним буде висновок про те, що чинність кримінального закону в часі, тобто його існування у часі, не є залежною від обставин, що зумовлюють його дію, а, навпаки, створює передумови для дії закону. Інакше кажучи, не дія кримінального закону є умовою його чинності, а чинність закону є передумовою його дії, оскільки діяти може бути лише той закон, який є (чи був) чинним, існуючим

© Ю.А. Пономаренко, 2010

на певний момент. П. А. Воробей, М. Й. Коржанський та В. М. Щупаковський пишуть, що законодавець надаючи законові чинності лише створює можливість дії, можливість застосування. На їхню думку "закон починає діяти лише тоді, коли виконавці закону перетворять цю законодавчу можливість в дійсність, коли вони почнуть його виконувати, реалізовувати. Без його виконання, застосування закон не діє, а лише існує на папері мертвим письмом" [2, с. 5].

Отже, дія закону – явище відмінне від просто його існування (чинності) і полягає в переведенні положень чинного закону в певний соціальний результат. У зв'язку з цим слушною уявляється думка В. Є. Гулієва та Г. А. Кравцова про те, що "для пояснення того, що таке "дія закону", очевидно слід розглянути способи реалізації правових приписів – застосування, виконання та дотримання норм права – та пов'язати кожен з них з часовими та просторовими межами існування закону" [4, с. 157]. Тобто, дія кримінального закону має розглядатися крізь призму реалізації його положень в конкретних умовах часу і місця. При чому така реалізація проявляється в процесі застосування даного закону до тих соціальних явищ, які ним регулюються. Отже, "питання про дію кримінального закону є питанням про його застосування" [16, с. 33].

Відомо, що застосування закону разом з його дотриманням, виконанням та використанням є формою реалізації закону (права). При цьому, якщо останні три форми реалізації законів здійснюються приватними особами, які дотримуються заборон, виконують обов'язки та використовують права, визначені законом, то застосування закону є прерогативою органів державної влади і полягає у їх владній, організовуючій діяльності, що має на меті забезпечити суб'єктам, яких стосуються законодавчі приписи, реалізацію належних їм прав та обов'язків [1, с. 176-180]. Таким чином, реалізація кримінального закону, як закону, що звернутий до судів та органів кримінального переслідування[1], може бути здійснена лише у формі його застосування цими органами.

Разом з тим, дія кримінального закону є більш широким поняттям порівняно із його застосуванням, оскільки вона має місце і поза процесом застосування закону. Відомо, що застосування закону завжди пов'язується з діяльністю певних державних органів, яка починається зі встановлення ними фактичних обставин справи і завершується прийняттям рішення у справі [5, с. 365-366]. Проте, вже для того, щоб компетентні державні органи почали встановлювати фактичні обставини справи, вони мають бути наділені відповідним повноваженням. Це повноваження у них з'являється на підставі кримінального закону, тобто також є результатом його дії.

У зв'язку з цим уявляється за можливе розглядати дію кримінального закону в двох аспектах, або, точніше, на двох рівнях. Перший рівень дії кримінального закону – це його потенційна, або попередня дія. Вона полягає в тому, що кримінальний закон надає державі повноваження визнати те чи інше конкретне вчинене особою діяння злочином та застосувати за його вчинення кримінальну

[1] Виключення складають лише положення, які визначають право приватних осіб на вчинення тих чи інших дій та порядок здійснення цього права (наприклад, право на необхідну оборону тощо).

відповідальність. Отже, для того, щоб в результаті потенційної дії кримінального закону у держави виникло повноваження визнати злочином конкретне діяння конкретної особи та покласти на цю особу кримінальну відповідальність, повинно бути вчинене таке діяння, яке підпадає під ознаки складу злочину, що описані в кримінальному законі. Вчинення такого діяння якраз і виступає тією необхідною умовою, яка забезпечує перехід наслідків, що випливають із закону, з можливості в дійсність [15, с. 155]. Інакше кажучи, вчинення такого діяння породжує у держави дійсне повноваження на визнання вчиненого злочином та покладення на особу, що його вчинила, кримінальної відповідальності.

Таким чином, на цьому рівні дія кримінального закону полягає в наділенні держави в особі органів кримінального переслідування повноваженням визнати конкретне вчинене особою діяння злочином та піддати таку особу кримінальній відповідальності. Поява такого повноваження стає результатом дії кримінального закону. Але, оскільки таке повноваження ще не може бути одразу, з моменту його появи, реалізоване, а для своєї реалізації вимагає певного підтвердження, його цілком можна іменувати потенційним. У зв'язку з цим і дія кримінального закону на даному етапі ще є тільки потенційною.

Для того, щоб кримінальний закон отримав потенційну дію, повинен бути вчинений злочин. І навпаки, поки особою злочин не вчинений – кримінальний закон не діє і не наділяє державу повноваженням на притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим не уявляється за можливе погодитися з досить поширеною у кримінально-правовій науці думкою, яку, наприклад, М. Д. Дурманов висловлював таким чином: "кримінально-правова норма ... діє і чинить регулюючий вплив на суспільні відносини з моменту набуття чинності кримінальним законом, що містить цю норму, але ніяк не з моменту вчинення винуватцем злочину, закріпленого нормою, чи застосування санкції цієї норми" [12, с. 100-101]. Деякі інші криміналісти були менш категоричними у своїх судженнях, ніж М. Д. Дурманов, і допускали можливість дії кримінального закону як до моменту вчинення злочину, так і після його вчинення. Наприклад, Т. В. Кльонова пише, що "до вчинення злочину, яким порушується встановлена заборона, кримінально-правова норма реалізується у формі відносин, що виникають між громадянами та державою у зв'язку з попередженням злочинів на підставі заборон певних видів поведінки... Якщо ж всупереч встановленій забороні злочин вчинюється, кримінально-правова норма реалізується вже у формі відносин, що виникають між державою та злочинцем у зв'язку з вчиненим злочином, коли злочин певним чином кваліфікується, а особі, винуватій у його вчиненні, призначається кримінальне покарання" [8, с. 8].

Таке розуміння дії кримінального закону, як уявляється, є занадто широким. Дійсно, наявність у суспільстві кримінального закону, який містить перелік видів поведінки, що визнаються злочинами, та заходи кримінальної відповідальності за їх вчинення, є певним стримуючим фактором для окремих членів цього суспільства [11, с. 4]. Але не можна стверджувати, що таке не вчинення злочину є результатом дії закону. Слід погодитися з Л. І. Спиридоновим у тому, що воно скоріше є результатом ціннісно-орієнтаційного впливу існування

кримінального закону на суспільну свідомість, який відбувається поза межами реалізації закону, поза межами його дії [13, с. 168-179]. Такий вплив закону на поведінку людей здійснюється ним позаюридичними засобами: в цих випадках кримінальний закон не створює ніяких прав, обов'язків чи повноважень.

Саме тому дія кримінального закону має розглядатися виключно як його юридична дія, як породження ним суб'єктивних прав, юридичних обов'язків чи повноважень у суб'єкта, до якого він звернутий, чию діяльність він регулює. Таким суб'єктом є лише держава в особі відповідних органів державної влади. Тому діяти кримінальний закон може лише щодо цих органів, наділяючи їх відповідними повноваженнями[1]. Всякий інший вплив кримінального закону на суспільство, не пов'язаний з породженням прав, обов'язків чи повноважень у конкретних суб'єктів, а лише такий, що полягає у формуванні їх правосвідомості, не є дією закону.

Отже, у випадку вчинення злочину в результаті потенційної дії кримінального закону у держави породжується потенційне повноваження визнати таке діяння злочином та застосувати до особи, яка його вчинила, кримінальну відповідальність. При цьому відомо, що поява в результаті тієї чи іншої дії або події юридичних наслідків (у виді прав чи обов'язків) вже свідчить про появу правовідносин [7, с. 161]. Таким чином, слід визнати, що з моменту вчинення злочину між особою, яка його вчинила, та державою складаються певні правовідносини. В момент визнання судом в обвинувальному вироку діяння, вчиненого особою, злочином та покладення на таку особу кримінальної відповідальності проявляється другий рівень дії кримінального закону – його реальна дія. У даному випадку правило поведінки, визначене кримінальним законом, застосовується до певного суспільного відношення, що створює умову для подальшої реалізації цього правила у реальній поведінці суб'єктів правовідносин [6, с. 39]. Таким чином, реальна дія кримінального закону – це його реальний вплив на правовідносини, що склалися між особою, яка вчинила злочин, та державою шляхом констатації наявності чи відсутності у таких правовідносинах повноваження держави визнати конкретне вчинене особою певним злочином та застосувати за його вчинення конкретний обсяг кримінальної відповідальності. На відміну від потенційної дії, яка має місце в силу самого факту вчинення діяння, що підпадає під ознаки описаного в КК складу злочину, реальна дія кримінального закону має місце лише шляхом застосування його судом.

У зв'язку з викладеним, слід підтримати тих авторів, які вважають, що дія і застосування закону не є тотожними поняттями [3, с. 4-5; 9, с. 94]. Якщо дія кримінального закону – це поняття матеріального права, яке відображає сутність, зміст впливу закону на кримінальні правовідносини, то застосування кримінального закону – це поняття процесуального права, яке характеризує форму зовнішнього прояву такого впливу. В результаті реальної дії

[1] Тут знову ж таки відзначимо, що в тих його положеннях, які не є кримінально-правовими, кримінальний закон може діяти і щодо приватних осіб, надаючи їм право на необхідну оборону, на затримання злочинця чи вчинення інших діянь за обставин, що виключають їх злочинність.

кримінального закону потенційне повноваження, що виникло у держави з моменту вчинення злочину, стає реальним і строго окресленим. Держава стає повноважною визнавати діяння, вчинене особою лише тим злочином, яким його назвав суд у вироку, і застосовувати лише таку кримінальну відповідальність, яку визначив суд. Таким чином, реальна дія кримінального закону створює передумову для трансформації юридичного змісту правовідносин, що виникли з моменту вчинення злочину, у фактичний. Фактично може бути реалізоване лише конкретизоване судом повноваження держави, а не те потенційне, яке з'явилося у неї в результаті потенційної дії кримінального закону. Отже, для реальної дії кримінального закону необхідна єдність двох підстав: по-перше, вчинення особою діяння, яке є умовою потенційної дії закону, по-друге, винесення судом правозастосовного рішення у виді обвинувального вироку.

Література

1. Алексеев С.С. Теория права. – М.: БЕК, 1994. – С. 176-180.
2. Воробей П.А., Коржанський М.Й., Щупаковський В.М. Завдання і дія кримінального закону. – К.: Генеза, 1997.
3. Гойман В.И. Действие права (методологический анализ): Автореф. Дисс. ... д-ра юрид. Наук: 12.00.01. – М.: Академия МВД РФ, 1992.
4. Гулиев В.Е., Кравцов Г.А. Действие закона во времени и в пространстве: рец. на: Тилле А.А. Время, пространство, закон. – М.: Юридическая литература, 1965. – 201 с. // Советское государство и право. – 1966. – № 7. – С. 157.
5. Загальна теорія держави і права: Підручник для студ. Юрид. Спец. Вищ. Навч. Закл. / М.В. Цвік, В.Д. Ткаченко, Л.Л. Богачова та ін. За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Харків: Право, 2002.
6. Карпен У. Процесс применения правовой нормы // Очерки методологии законотворчества: Материалы первого конгресса европейской ассоциации содействия законодательству: Льеж (Бельгия), 9-11 сентября 1993 г. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. – С. 39.
7. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1958.
8. Кленова Т.В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования как основные критерии классификации уголовно-правовых норм // Актуальные вопросы реализации уголовной ответственности: Межвуз. Сб. ст. – Куйбышев: Куйбышевск. Гос. Ун-т, 1988. – С. 8.
9. Перфильев В.В. Действие права (понятие, структура, свойства): Автореф. Дисс. ... канд. Юрид. Наук: 12.00.01. – М.: ВНИИСЗ, 1975.
10. Пономаренко Ю. А. Чинність і дія кримінального закону в часі. – К.: Атіка, 2005. – 288 с.
11. Похмелкин В.В. О противоречиях уголовно-правового запрета и путях их преодоления в законодательной практике // Основания и порядок реализации уголовной ответственности: Межвуз. Сб. науч. Раб. – Куйбышев: Куйбышевск. Гос. Ун-т, 1989. – С. 4.
12. Развитие советской демократии и укрепление правопорядка на современном этапе / А.И. Денисов, В.Д. Меньшагин, Н.Ф. Кузнецова и др. Под ред. А.Н. Васильева. – М.: Изд-во МГУ, 1967. – С. 100-101. (автор глави – М.Д. Дурманов).
13. Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. – М.: Юридическая литература, 1986. – С. 168-179.
14. Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М.: Наука, 1982.
15. Філософський словник / За ред. В.І. Шинкарука. – К.: Українська радянська енциклопедія, 1973.
16. Шнейдер М.А. Советское уголовное право. Часть Общая (Учебное пособие). – М.: ВЮЗИ, 1955.

Анотація

Пономаренко Ю.А. **Дія кримінального закону в механізмі кримінально-правового регулювання.** – Стаття.

Проблема поняття дії кримінального закону до цього часу залишається мало дослідженою в кримінально-правовій науці. Розуміння цього феномену має принципове теоретичне значення, оскільки дозволяє виявити та глибше зрозуміти особливості законодавчого впливу на поведінку людей та ефективність такого впливу, а також важливе практичне значення.

Ключові слова: дія кримінального закону

Summary

Ponomarenko Y.A. **Activity of criminal law in the mechanism of the criminal and legal adjusting.** – Article.

Till this time the problem of concept of action of the criminal law remains a little investigated in a criminal-legal science. The understanding of this phenomenon has basic theoretical value as allows rendering and more deeply understanding feature of legislative influence on people behavior and efficiency of such influence and also the important practical value.

Key words: criminal law in force

УДК 343.21(091)

Д.О. Балобанова

ІСТОРИЧНИЙ ПРОЦЕС ФОРМУВАННЯ СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕЧНОСТІ ДІЯННЯ ЯК ПІДСТАВИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ

Актуальність дослідження процесів криміналізації обумовлена існуючими на сучасному етапі реформування права та законодавства України проблемами, пов'язаними зі створенням науково обґрунтованого кримінального закону України. Розглядаючи процес криміналізації необхідно виділяти дві групи факторів, що впливають на неї: 1) підстави кримінально-правової заборони, що служать об'єктивними передумовами її встановлення; 2) принципи криміналізації, що відносяться до законодавчої техніки.

Підставам криміналізації, як об'єктивним передумовам її встановлення, приділяли увагу в своїх працях такі вчені, як Г.З. Анашкін, А.Д. Антонов, І.М. Гальперін, П.С. Дагель, Г.А. Злобін, М.І. Ковальов, О.І. Коробєєв, В.М. Кудрявцев, В.О. Навроцький, В.О. Туляков, П.А. Фефелов та інші.

Серед юридико-кримінологічних підстав криміналізації суспільна небезпека займає домінуюче положення. Під нею розуміється "об'єктивна властивість діяння, яка визначається тією шкодою, яку це діяння спричинює або може спричинити суспільству" [1, 69; 2, 51]. Ще Ч. Беккаріа відзначав, що "єдиним та істиним виміром злочинів є шкода, яку вони завдають нації" [3, 223]. Сказане означає, що ті або інші діяння забороняються кримінальним законом саме тому, що вони суспільно небезпечні, і аж ніяк не стають суспільно небезпечними лише тому, що забороняються. Критерієм розмежування злочинів і проступків служить ступінь суспільної небезпеки.

© Д.О. Балобанова, 2010

Вплив суспільної небезпеки в різних її проявах на встановлення кримінально-правової заборони можна дослідити з найдавніших часів на прикладах нормативних актів різних періодів розвитку Української держави.

Формулювання "суспільно небезпечні діяння" у нашому законодавстві вперше було включено в ст. 17 Декрету про суд № 2, виданого 18 лютого 1918 р., для визначення передумови відповідальності неповнолітніх, але не одержала в цьому декреті належного розвитку. Деякі інші декрети також не обмежувалися формальною констатацією оголошення діяння злочинним, а включали у формулювання злочинів вказівку на небезпеку, шкідливість конкретного діяння, тобто містили матеріальне визначення даного конкретного діяння. Керівні засади з кримінального права РСФСР 1919 р. визначали злочин як діяння, соціально небезпечне для пануючої системи відносин.

Характер суспільної небезпеки насамперед залежить від цінності того блага, якому заподіюється шкода конкретним людським вчинком, тобто від цінності тих або інших суспільних відносин. За допомогою норм кримінального права охороняються найбільш важливі суспільні відносини. Інші охороняються за допомогою інших заходів впливу, а не шляхом застосування покарання. Цінність групи суспільних відносин визначається законодавцем на момент прийняття закону залежно від конкретних умов життя суспільства в той або інший період. Наприклад, у Руській Правді були відбиті тільки 2 види злочинів: проти особи (вбивство, тілесні ушкодження, образи, побої) і власності (розбій, крадіжка, порушення земельних меж, незаконне користування чужим майном).

Статути Великого князівства Литовського 1566 р. і 1588 р. передбачали вже складну систему злочинів, які поділялися на види залежно від суспільних відносин, що охороняються, і їхньої цінності: злочини проти релігії; політичні злочини; державні злочини, які поділялися на злочини по службі й злочини проти порядку управління; злочини проти особи; злочини проти майнових прав; злочини проти моральності та родини [4, 87-88]. Право Запорізької Січі поділяло злочини на державні, проти православної віри, військові, проти порядку управління та суду, проти особи, майнові, проти моралі. Кримінальний кодекс Австрії 1852 р., що діяв на території Галичини й Буковини, поділяв злочини на публічні, спрямовані проти монарха, держави, посадових осіб і релігії, і приватні [5, 489].

Всі злочини в КК 1927 р. підрозділялися на спрямовані проти основ радянського ладу й тому визнані найнебезпечнішими та на всі інші. Залежно від цього строго диференціювалася відповідальність.

Крім цінності блага при вирішенні питання про визнання або невизнання діяння злочином, враховується характер посягання, тобто спосіб, яким заподіюється шкода. Злочинами визнаються тільки такі посягання, які за своїми об'єктивними властивостями можуть заподіяти суттєву шкоду благу, що охороняється. Наприклад, майновим правам, які розглядаються як об'єкт посягання, можуть завдати шкоди діяння, що носять характер крадіжки, грабежу, розбою, вимагання, шахрайства, привласнення або розтрати, знищення або пошкодження майна. Ці діяння законом визнаються злочинними. Але шкода

майновим правам може бути заподіяною і діяннями, що носять інший характер. Такі діяння законодавець не вважає злочинами. Розмежування злочинного й незлочинного за способом вчинення злочину було відомо ще праву Запорізької Січі, де під розбоєм розумівся раптовий озброєний напад на перехожих на дорозі за межами міста або села та грабіж їхнього майна, а грабежем визнавалося відверте заволодіння чужою річчю з метою привласнення. Спосіб виступав критерієм криміналізації в законодавстві революційного періоду 1917-1919 рр. – незаконний збут або придбання золота й платини в сирому вигляді, а також у злитках; застосування самостійно або з порушенням відповідних правил понаднормових робіт.

Суспільна небезпека діяння залежить і від інших обставин, які супроводжують вчинення діяння. Такими обставинами можуть бути час, місце, обстановка, засоби вчинення злочину. Ці обставини в усі часи враховувалися законодавцем при розробці складів злочинів. Наприклад, широка редакція Руської Правди говорила про крадіжку майна із закритого приміщення (тобто про крадіжку майна, що спеціально охороняється), що каралося підвищеними штрафами. Вчинення діяння поза зазначеного в законі часу, місця, обстановки й т.п. може не вважатися злочином.

Важливе значення для відмежування злочинного від незлочинного має характер і розмір заподіяної шкоди. Наприклад, ясного розуміння ступеня шкоди в Руській Правді не було, тому можна говорити про принцип казуальності: в акті перераховуються випадки порушення тілесної недоторканності з конкретними штрафами, але без спроб узагальнення. У праві Запорізької Січі крадіжка розрізнялася як звичайна (таємне заволодіння чужою річчю, вартість якої не перевищувала 20 рублів з метою присвоєння) і кваліфікована (майно вартістю понад 20 рублів, державні гроші). Тимчасовий уряд в 1917 р. встановив можливість залучення до відповідальності осіб, не тільки винних у посяганні на "повалення" органів верховної влади, але й тих, хто посягав на "позбавлення можливості їх (тобто органів влади) здійснювати таку". У кримінальному законодавстві революційного періоду суспільна небезпека також найчастіше визначалася погрозою настання шкідливих наслідків або їхнім дійсним настанням (шпигунство, заподіяння збитків скарбниці під час перевезення залізницею).

Суспільна небезпека є ознакою, що відноситься до злочину в цілому, а не тільки до діяння. Тому як один із критеріїв оцінки ступеня суспільної небезпеки використовується характеристика суб'єкта посягання. Ряд ознак, що відносяться до суб'єкта, можуть впливати на розмежування злочинних діянь від незлочинних і оцінку ступеня небезпеки злочинів того самого виду. Такими ознаками є вік, посадовий стан, стійкість злочинної установки.

Наприклад, необхідно розрізняти ступінь суспільної небезпеки діянь, вчинених дорослими й неповнолітніми. "Права, за якими судиться малоросійський народ" (1740 р.) суб'єктами злочинів визнавали осіб, які досягли 16-річного віку. За всіх часів вік кримінальної відповідальності був проявом доцільності криміналізації або декриміналізації. КК УРСР 1927 р. підвищив до 16 років вік, з настанням якого стала можливою кримінальна відповідаль-

ність. Але вже постановою ЦВК РНК СРСР від 7 квітня 1935 р. була встановлена кримінальна відповідальність неповнолітніх з 12-літнього віку за вчинення ними декількох видів злочинів. Основи кримінального законодавства СРСР і союзних республік 1958 р. піддали суттєвому скороченню сферу кримінально-правового впливу у відношенні неповнолітніх, у тому числі, був підвищений вік, по досягненню якого можлива кримінальна відповідальність.

Посадове положення особи або інший правовий статус такої особи в деяких випадках дозволяє вчиняти таке суспільно небезпечне діяння, що не може бути вчинене особою, яка не має такого статусу, або, будучи вчиненим особою, яка не займає такого положення, не заподіює великої шкоди благам, що охороняються законом.

За Руською Правдою суб'єктами злочинів могли бути вільні люди. Будь-який злочин мав на увазі виплату штрафів і майнові стягнення, для чого була потрібна наявність власності. Холопи, самі будучи різновидом власності, такої не мали, а майнову відповідальність за них несли їхні хазяї (платили штраф, але й могли віддати як компенсацію винного холопа) [6, 112]. Польсько-литовське законодавство XVI ст. суб'єктом злочину визнавало будь-яку вільну або феодально-залежну людину, починаючи з 14-літнього віку за Статутом Великого князівства Литовського 1566 р. й з 16-літнього віку – за Статутом 1588 р. [7, 32]. Уложення про покарання кримінальні та виправні 1885 р. зберігало кримінальну відповідальність сільських, єврейських громад, тобто колективну відповідальність.

Законодавство революційного періоду (1917-1919 рр.) нерідко передбачало кримінальну відповідальність тільки певної категорії суб'єктів, чия соціально-політична характеристика вказувалася в нормах (ухилення від обліку та мобілізації фахівців сільського господарства; ухилення колишніх працівників гірського нагляду від реєстрації). До кримінальної відповідальності за здійснення приблизно половини всіх діянь, оголошених злочинними в розглянутий період, притягалися тільки спеціальні суб'єкти. З огляду на посилення боротьби з військовими злочинами та порушеннями декретів про військову службу в період громадянської війни, законодавство цього періоду прирівнювало до військового за суб'єктом діяння, вчинені робітниками та службовцями (наприклад, до дезертирів прирівнювалися особи, які ухиляються від трудової мобілізації).

Суспільна небезпека діяння та особи може характеризуватися стійкістю злочинної установки, яка зовні проявляється в кількаразовому вчиненні злочину. За КК УРСР 1960 р. у деяких випадках малозначні правопорушення визнавалися злочинними тільки при повторності або неодноразовості їхнього вчинення.

На оцінку суспільної небезпеки злочину впливає характер психічного ставлення особи до своїх дій і наслідків цих дій. Вітчизняна кримінально-правова політика як однією з основних ідей проголошує відповідальність тільки за винне вчинене діяння (ст.11 КК). Своє закріплення цей принцип одержав ще в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1885 р., де, крім того, були визначені ознаки й форми вини, обставини, що виключають винність.

Статути Великого князівства Литовського 1566 р. і 1588 р. розрізняли умисні й неумисні злочини, при цьому намір вчинити політичний злочин завжди вважався кримінальним діянням. У праві Запорізької Січі злочини ділилися на умисні, необережні і випадкові, хоча чітких критеріїв визначення форми вини ще не було встановлено. За австрійським кримінальним кодексом 1852 р. злочини могли бути вчинені з наміром і без наміру, за що винні несли відповідальність у різному обсязі. Кримінальний кодекс Зводу законів Російської імперії встановлював відповідальність при наявності умислу, наміру або необережності. Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. встановлювало відповідальність за вчинення тяжких злочинів, злочинів і проступків як при наявності умислу, так і при вчиненні їх з необережності, але для проступків, вчинених з необережності, у декількох зазначених випадках відповідальність не застосовувалася.

Ступінь суспільної небезпеки діяння залежить не тільки від наявності вини і її форми, але від мети, що ставив перед собою злочинець, і мотиву, яким він керувався, вчиняючи діяння. Тому те саме діяння залежно від мети й мотиву може бути злочином, а може або не бути ним, або підпадати під ознаки іншого складу злочину. У тексті широкої редакції Руської Правди вже проглядаються мотиви злочинів: згадується випадок вбивства "на пиру явно", що має на увазі ненавмисне, відкрите вчинене вбивство (а "на пиру" – значить ще й у стані сп'яніння), і вбивство "на разбое без всякой ссоры" – розбійне, корисливе, навмисне вбивство, за яке могла призначатися вища міра покарання [8, 224]. У революційному законодавстві ознаки суб'єктивної сторони посягання в деяких випадках використовувалися як критерії криміналізації: форма вини (навмисне псування майна, що належить республіці), ціль (злом радянських і громадських складів з метою незаконного розкрадання, провіз продуктів з метою спекуляції). Тенденція на пом'якшення мір кримінального покарання за злочини, не обумовлені низинними мотивами, особливо чітко виразилася в процесі створення КК УРСР 1927 р., викликавши декриміналізацію низки злочинних діянь.

У цілому суспільну небезпеку можна визначити як об'єктивну (матеріальну) ознаку злочину, що виражає його небезпеку для суспільства й полягає в заподіянні або погрозі заподіяння шкоди інтересам, які охороняються правом [9, 67].

Важливо мати на увазі, що встановити універсальний критерій, за яким можна було б визначити достатній для криміналізації ступінь суспільної небезпеки, практично неможливо. Принцип суспільної небезпеки вказує на необхідність під час обговорення кожної кримінально-правової новели вирішувати питання про наявність такої в конкретного виду діянь: "...Принцип суспільної небезпечності вказує на той вихідний пункт руху пізнання, від якого воно повинно відправлятися при дослідженні питань обґрунтованості криміналізації діяння" [10, 217]. Необхідно відзначити особливість даного принципу, що складається в тому, що ступінь суспільної небезпеки може виявитися недостатнім для криміналізації, але не може бути занадто великим.

Література

1. Коробеев А.И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 1987. – 268 с.
2. Филимонов В.Д. Криминологические основы уголовного права. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1981. – 214 с.
3. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Сост. И предисл. В.С. Овчинского. – М.: ИНФРА-М, 2004. – 184 с.
4. История государства и права России. Учебник / Отв.ред. Ю.П. Титов. – М.: Проспект, 2001. – 544 с.
5. История Украинской ССР: в 10т. Т.1. – К.: Изд-во АН Украинской ССР, 1953. – 838 с.
6. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. – 640 с.
7. Памятники русского права. Вып.4. – М.: Госюриздат, 1955. – 632 с.
8. Петров И.В. Государство и право Древней Руси 750-980гг. – СПб: Изд-во Михайлова В.А., 2003. – 413 с.
9. Кримінальне право України. Загальна частина / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К., Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001. – 416 с.
10. Основания уголовно-правового запрета: Криминализация и декриминализация / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. – М.: Наука, 1982. – 304 с.

Анотація

Балобанова Д.О. **Історичний процес формування суспільної небезпечності діяння як підстави криміналізації.** – Стаття.

Серед юридико-кримінологічних підстав криміналізації суспільна небезпека займає домінуюче положення. Вплив суспільної небезпеки в різних її проявах на встановлення кримінально-правової заборони можна дослідити з найдавніших часів на прикладах нормативних актів різних періодів розвитку Української держави.

Ключові слова: криміналізація, небезпека

Summary

Balobanova D.O. **Historical process of forming public unsafety act as grounds of kriminalization.** – Article.

Among the juridical-criminological basis of criminalization, the social danger is dominant. The influence of social risk in its various manifestations on establishment the criminal prohibitions, can be explored from the ancient times on the examples of legislation from different periods of the Ukrainian state.

Key words: criminalization, danger

УДК 343.971

А.П. Тузов

ВНУТРІШНІЙ СВІТ ОСОБИСТОСТІ І ЗЛОЧИННІСТЬ

Особистість злочинця, виступаючи своєрідним фокусом, в якому концентруються у складному поєднанні детермінанти усіх рівнів-від біопсихологічного до соціального, є найважливішою ланкою у механізмі злочинної поведінки, інакше кажучи, носієм причин такої поведінки. А тому глибоке вивчення і всебічне врахування складових внутрішнього світу особистості є необхідною

© А.П. Тузов, 2010

передумовою успішності профілактичних зусиль по стримуванню і запобіганню злочинності [1; 5].

Труднощі, що виникають перед кримінологами при дослідженні внутрішнього світу особистості, пояснюються виключною складністю самого об'єкту дослідження. Ці труднощі значно збільшуються в умовах подальшого розвитку так званого науково-технічного прогресу, в процесі якого сучасні знання приростають за рахунок технологій, які по своїй суті обманливі, оскільки не витримують іспиту часом, швидко змінюють одна одну і уходять у небуття.

Внаслідок незнання і ігнорування природи людини, її внутрішнього світу потерпіли невдачу і усі спроби подолати злочинність. Згадаймо історію, яким тортурам піддавали злочинців, але усі зусилля очистити суспільство від небажаних елементів виявилися марними. У нормальної людини виникає почуття жаху навіть від перерахування способів катування і страти злочинців: повішання, відсікання голови, кип'ятіння у маслі, воді, вині,колесування, четвертування, закапування живцем у землю, здирання шкіри, заливання горла свинцем... Смертна кара подекуди нагадувала бойню – знищували не одиницями, а десятками, сотнями, тисячами. Створюється враження, що начебто уся людська винахідливість використовувалася для того, щоб зробити страту якомога жорстокішою і тривалішою [7, с. 248, 253]. Але це не зупинило злочинність.

Йшли роки, мінялися види смертної кари, мінялися ідеології, однак покінчити із злочинністю нікому не вдалося – ні капіталістам, ні комуністам. Проблема особистості злочинця, потенційних можливостей зміни злочинної поведінки і факторів, що її детермінують, як і раніше залишається однією з найбільш гострих не тільки в теорії, але й на практиці. Не враховуються, за невеликим винятком, і реальні детермінанти злочинної поведінки. Основна увага кримінологів, як і раніше, зосереджена на соціальних причинах злочинності. Звичайно, легше усього вказати на недоліки соціальної політики держави, а людей, які порушили закон, зарахувати до атавістичної частини людства. Але досконалих держав і суспільств не буває. Все починається з людини, яка будує і державу, і суспільство. Історія розвитку людства спростовує, на жаль, далекі від реалій, оптимістичні висновки про те, що в наш час біологічне в цілому успішно забезпечує соціальний прогрес людства. І якщо,мовляв, з якихось причин виконання цієї функції буде ускладнено, то майбутнє, розумно влаштоване суспільство, спираючись на досягнення науки і техніки, вживе необхідні заходи для відповідного переобладнання свого біологічного [11, с. 54]. Кримінальні реалії свідчать, що успіхи у боротьбі із злочинністю віддаляються так само, як і примарний образ "світлого майбутнього".

Руйнується віра у людину, яка формувалася і оберігалася тисячоліттями і якій надавалося важливого значення попередніми поколіннями. Прикладів цього величезна кількість не тільки у релігійних джерелах, але й і у художніх творах. Ось один із них, описаний А.П. Чеховим в оповіданні: "Рассказ старшого садовника". Суть оповідання така. Графський садівник розповідає присутнім, що він завжди із задоволенням зустрічає виправдувальні вироки, відчуваючи при цьому задоволення. Судіть самі, продовжує він, – якщо судді і присяжні

більше вірять людині, ніж побічним і речовим доказам, то хіба ця віра у людину сама по собі не вище будь-яких життєвих міркувань? Вірувати у бога неважко. У нього вірили і інквізитори, і Бірон, і Аракчеєв. Ні, ви у людину увіруйте. Ця віра доступна небагатьом. І далі він продовжив оповідання. В одному із невеликих містечок поселився одинокий, похилого віку, некрасивий чоловік. Професія у нього була благородна – він був лікарем – лікував людей. Це був вчений, який дні і ночі посв'ячував спогляданню і читанню книжок. Він знав усе – казали про нього. У грудях цієї людини билося ангельське серце. Він любив мешканців міста як рідних, як своїх дітей. У нього самого були сухоти. Він кашляв, але коли його запрошували до хворого, забував про свою хворобу. Вдячність йому з боку жителів містечка не мала меж... Але одного разу ця людина була знайдена вбитою. Судді, які розслідували справу, оглядали тіло доктора, сказали: Тут ми маємо усі ознаки вбивства, але оскільки на світі немає такої людини,яка могла би вбити нашого доктора, то, очевидно, вбивства тут немає і сукупність ознак є простою випадковістю. Але через деякий час встановили вбивцю.

На суді вбивця уперто заперечував свою вину, хоча усі докази говорили проти нього. Судді начебто втратили розум. Вони по десять разів зважували кожний доказ, недовірливо поглядаючи на свідків, червоніли, пили воду. Судити почали рано – вранці, а закінчили пізно увечері. Обвинувачений, звернувся головний суддя до вбивці. Суд визнав тебе винним у вбивстві доктора... І засудив тебе... Суддя хотів сказати "до смертної кари", і упустив із рук папір, на якому було написано вирок, витер холодний піт і закричав: - Ні, якщо я неправильно суджу, то нехай мене покарає Бог, але клянусь він невинний. Я не допускаю думки, щоб могла знайтись людина, яка би насмілилася вбити нашого друга доктора. Людина не здатна впасти так глибоко. Так, немає такої людини,погодилися інші судді. Немає відгукнувся натовп, відпустіть його. Вбивцю відпустили на усі чотири сторони, і жодна душа не докоряла суддям у несправедливості. Цей приклад ми навели тому так докладно, що він має не тільки філософське, але й загальнонаукове значення [13, с. 342-346].

В цілому, закінчення минулого і початок нинішнього століття ознаменувалися різким зростанням негативу. Руйнується природне середовище проживання людей, розриваються екологічні ланки, зростає кількість хвороб, не вщухають етнічні і національні конфлікти, ведуться безкінечні братовбивчі побоїща. За 5600 років літописної історії пережито біля 14600 війн, приблизно 2,6 – щорічно. Більше того, встановлено, що тільки десяти із ста вісімдесяти поколінь, які проживали у цей період, поталанило провести свої дні, не пізнавши жахів війни [10, с. 587]. Загальносвітовим злом стали зовні безглузді й нелюдяно жорстокі діяння сексуальних маніяків, вампірів, канібалів, побутові вбивства, торгівля жінками і дітьми, піратство, рабство, глобальний тероризм.

Тривожною є ситуація і з суїцидністю. І це також не випадково. Одним із факторів, що погіршує її є, на наш погляд, засоби масової інформації, яких сучасній людині уникнути майже неможливо. Картина, яку змальовують ЗМІ, перенасичена негативними фактами, подіями громадського життя, повідомленнями про природні катаклізми і техногенні катастрофи. Безконтрольно втруча-

ючись у суспільну свідомість, така інформація завдає людям значної не тільки моральної, але й психічної шкоди, сіє серед них страх і паніку, позбавляє почуття захищеності, впевненості у завтрашньому дні. Зайво натуралістичний характер необережних або непродуманих публікацій, відеосюжетів, насичених сценами агресії і насильства., руйнувань і вандалізму, формує у свідомості людей почуття безвихідності і невідворотності. Фактично йдеться про психологічний тероризм проти особистості, який виступає в якості подразника, що запускає генетично обумовлену програму реагування підсвідомого механізму на зовнішню небезпеку. Безліч таких програм, дрімаючих у глибинах людської підсвідомості, сформувавшись мільйони років тому, в сучасних умовах не обов'язково є адаптивними.

В суспільстві, яке перебуває у стані економічної і психічної депресії, непродумана інформація певного ґатунку здатна погіршити ситуацію. А нескінчене копання у бідах минулого відволікає людей від справ насущних, змушує їх віддавати свою творчу емоційну енергію давно минулим примарам. У одних людей накопичена негативна енергія може призвести до ступору. Махнувши на все рукою, вони будуть животіти у бездіяльності і убогості. У інших можливе депресивне збудження з переважанням відчаю і нецілеспрямованої агресивної активності з досить передбачуваними, в тому числі і злочинними наслідками.

Зміни у механізмі мотивації поведінки особистості можуть бути обумовлені короткочасними або більш тривалими ситуаціями, що виникають останнім часом все частіше. Якщо у нормальному стані свідомість людини підкоряє її інстинкти, то при порушенні емоційної рівноваги можливе часткове або повне блокування її свідомості. У випадках, коли механізм вольової регуляції психічної діяльності поведінки не спрацьовує і особистість не справляється із ситуацією, підсвідомість перехоплює керування поведінкою на себе, орієнтуючись на форми і методи, які застосовувалися носієм генетичної програми.

Чим раптовіша незвичайна ситуація або чим менший у людини набір можливих моделей поведінки, тим більша вірогідність спрацьовування інстинктів, які беруть керування поведінкою на себе, тобто по суті переключають її на автомат. Система забезпечення життєдіяльності в екстремальних умовах у кожної людини своя, неповторна і складається з елементів, які сформувалися не обов'язково у двадцятому чи двадцять першому сторіччі. І, як наслідок, не виключена регресія, тобто сповзання на більш низький рівень з точки зору заборон, встановлених суспільством .

Гнітюча картина сьогоднішньої цивілізації породжує невір'я, що особистість стане кращою і толерантною. Таку ауру їй створюють не тільки реалії сьогодення, але уся попередня історія, яка значною мірою виткана із страждання. Ось міркування древньогрецького жреця Анху,який веде бесіду зі своїм серцем: Усюди бачу зміни. Один рік важче іншого. Бунтівна країна... Правду женуть геть... Ніхто нікого не любить, усі суцільно роблять зло. Серця сумні [13].

Ретроспективний екскурс в історію також нагадує, що так звані цивілізовані люди не дуже далеко відійшли у своєму розвитку не тільки від канібалів, але й від диких звірів. Про це каже не тільки історія, але й останні дослідження генетиків. Тривалий час древні римляни виплескували жорстокість

на полях битв. Коли ж настав мир, з'ясувалося, що здолати темні інстинкти дуже важко, майже неможливо. Поступово жорстокість була перенесена на сексуальну сферу життя. Оскільки кожна людина нашпигована сексуальними фантазіями, тому майже усіх можна розбестити. Ніщо не прищеплюється так швидко, як сексуальні збочення, оскільки ніхто не вільний від деструктивних інстинктів (Бурго Партридж. История оргий. – М., 1997. – с. 31). І це також не випадково, оскільки останні дослідження за програмою "Геном людини" виявили, що із 1,5 мільйона генів, що містяться у ДНК і кодують білки, із яких складається організм, тільки 30 тисяч властиві людині. Вони і визначають програму її розвитку не тільки на стадії ембріону, але й подальший розвиток. Що стосується інших генів, то вони однакові із генами величезної кількості живих істот – від комахи до приматів. Ці дані викликають не просто подив, оскільки для людського організму власне людських, "індивідуальних" генів потрібно не менше ста тисяч. А тридцяти тисяч не вистачає на побудову і половини людського організму (Наука и религия. – 2007. – №8). Питання, де розташована базова програма розвитку людини і звідки надходить інша частка інформації – залишається загадкою. Не виключається, що саме суперечністю, двоїстістю людини, яка включає у себе меншою мірою власне людську і більшою –тваринну складову, певним чином і пояснюється її поведінка, вчинки і усі дії, похідною яких і є соціальна організація суспільства, у якій людина і перебуває.

Можна навести й інші дані, що характеризують реалії людської сутності. У малого шимпанзе гени на 99% співпадають з людськими. Ці тварини відчувають ті ж самі емоції, що і люди. Вони вміють сміятися від радощів і плакати від горя. Мисливці на шимпанзе розповідають, що мавпи, коли на них спрямовують рушницю, розуміють, що повинно статися і знаками благають не вбивати їх [4, с. 64].

Наведені вище дані, на наш погляд, маючи пряме відношення до поведінки людини взагалі, злочинної у тому числі, допоможуть кримінологам орієнтуватися у витоках деструктивних детермінант людської поведінки, що знаходяться за межами її свідомості. Особливу цінність ці знання становлять у наш час, у вік загрозливо низької моралі, вбивств у нескінчених великих і малих війнах, повсюдної злочинності, розпусти, що відкрито рекламується засобами масової інформації. Тим більше, що знання, які стосуються внутрішнього світу особистості, неможливо одержати з допомогою однієї якоїсь науки. Вони і у майбутньому повинні здобуватися спільними зусиллями психології, біології, генетики і кримінології. Величезний запас інформації стосовно внутрішнього світу особистості містять і релігійні джерела, зокрема, Біблія – визначний дар людству.

Сьогодні навряд чи хто не погодиться із тим, що багаторазові наміри ліквідувати антигромадські прояви, включно зі злочинністю, з допомогою найрізноманітніших соціальних заходів зазнали поразки. Ані застосування суворих санкцій, ані збільшення чисельності правоохоронних служб і установ по відбуванню покарання не в змозі зупинити зростання цього зла , обумовленого біосоціальними особливостями світу особистості, яка живе і розвивається за своїми, поки ще невідомими нам законами. Жива особистість зі своїм непізнаним внутрішнім світом підсвідомості, що часто протистоїть розуму, зі своїми

людськими і тваринними інстинктами, слабкістю і пристрастями, спростовувала найоптимістичніші прогнози з приборкання проявів негативної енергії. Однією з основних причин сьогоднішніх непривабливих криміногенних реалій у суспільстві саме є, на наш погляд, повний відрив усвідомлюючого розуму від свого коріння у неусвідомленому . Це призвело до того, що елементи неусвідомленого дедалі частіше вриваються у наше життя через різні соціальні патології, в тому числі антигромадські, злочинні прояви, а суспільство, розгубившись, не може ні пояснити їх, ні, тим більше, запобігти їм з позиції звичних підходів.

Найбільш слабкою ланкою в теорії попередження злочинності є неосяжність глибин внутрішнього світу особистості, яка учинила злочин, і, як наслідок, відсутність реально обґрунтованої концепції упередження негативних проявів. У зв'язку із цим, не можна погодитися із далекими від реалій, оптимістично поспішними висновками, які ще зустрічаються у кримінологічних дослідженнях. Мовляв, у наш час біологічне в цілому успішно забезпечує соціальний прогрес людства і якщо навіть з якихось причин реалізація цієї функції буде ускладнена, то майбутнє, розумно упорядковане суспільство, спираючись на досягнення науки і техніки, вживе необхідних заходів для відповідного переобладнання своєї біологічної складової [11, с. 54].

Нині вже не викликає сумніву реальність існування в структурі особистості і у мотивації її поведінки елементів неусвідомленого, можливість спадкової обумовленості реакції людини на вплив факторів зовнішнього середовища, що може призводити до деструктивних, неприйнятних для сучасної цивілізації форм соціальної поведінки. При цьому доцільно, мабуть, підкреслити, що питання не стоїть про спадкування злочинної поведінки. Питання полягає в іншому – в яких умовах і з якою силою діють фактори неусвідомленого.

Підсвідомість містить елементи, здатні за певних умов вступати у конфронтацію із свідомістю, послабляти свідомість або навіть блокувати її. Ці механізми збереглися від попередніх еволюційних етапів людини і є генетично закріпленою схемою реакції на певні життєві ситуації,які з огляду на існуючи у підсвідомості програми, становлять небезпеку для особистості. Така реакція, нагадуючи реакцію дітей, характеризується безпосередністю і прямотою. Поведінка при цьому не аналізується або аналізується недостатньо, а механізм прийняття рішення спрацьовує раптово під тиском залпу інстинктивних спонукань. Причому окремі люди або навіть групи чи колективи, ставши виразниками певних інстинктів, нерідко жорстокі у своїх діях. І це також можна пояснити – параметри психічної енергії підсвідомості не визначаються біоелектричними коливаннями мозку, характером виховання у сім'ї, а також іншими, звичними для нас, факторами . Інстинкти, що лежать в основі зазначених вище реакцій, байдужі до існуючих в суспільстві цінностей. Вони їх або не розуміють або не сприймають внаслідок умовності останніх.

Підхід до попередження злочинності з позицій біосоціальної проблеми здатний відкрити нові перспективи дійсно конструктивного розуміння особистості людини і справити плодотворний вплив на подальший розвиток кримінологічної науки.

Література

1. Абельцев С.Н. Личность преступника и проблемы криминального насилия. – М., 2000.
2. Букреев В.И. Человек агрессивный.Истоки международного терроризма. – М., 2007.
3. Бурго Партридж. История оргий. – М., 1997.
4. Вокруг света. Февраль. – 2006.
5. Вилюнас В.Психология развития мотивации. – СПб., 2006.
6. Жигарев Е.С., Черняев А.В. Криминологическая теория и религия христианства о преступном поведении и его предупреждении. – М., 2006.
7. Кистяковский А.Ф. Исследование о смертной казни. – Тула., 2000.
8. Кервин С. Холл, Гарднер Линдсей. Теории личности. – М., 1999.
9. Лит. Газета. – 1992. – 19 февраля.
10. Роберт Берон, Дебора Ричардсон. Агрессия // Психология человеческой агрессивности. – Минск, 1999.
11. Соотношение биологического и социального. – Пермь, 1981.
12. Тузов А. Пізнай і переможи...самого себе. Щотижневик "Дзеркало тижня". – 13 березня 2004 р.
13. Хрестоматия по истории древнего мира. – М., 1996.

Анотація

Тузов А.П. Внутрішній світ особистості і злочинність. – Стаття.

Особистість злочинця, виступаючи своєрідним фокусом, в якому концентруються у складному поєднанні детермінанти усіх рівнів-від біопсихологічного до соціального, є найважливішою ланкою у механізмі злочинної поведінки, інакше кажучи, носієм причин такої поведінки. А тому глибоке вивчення і всебічне врахування складових внутрішнього світу особистості є необхідною передумовою успішності профілактичних зусиль по стримуванню і запобіганню злочинності.

Ключові слова: особистість, суб'єкт злочину

Summary

Tuzov A.P. **Internal world of personality and criminality.** – Article.

The person of the criminal is the major link in the mechanism of criminal behavior, in other words, the carrier of the reasons of such behavior. That is why deep studying and the all-round account of components of person's private world the is the necessary precondition of success of preventive efforts on restraint and criminality prevention.

Key words: personality, subject of crime

УДК 343.2/7

Н.А. Селезнева

ВОЗРАСТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ СОВРЕМЕННЫХ ГОСУДАРСТВ

Возраст, с которого наступает уголовная ответственность в различных странах неодинаков. При этом законодатели исходят из того, что до достижения определенного возраста человек не способен в достаточной мере понимать значение своих действий, предвидеть их последствия и нести за них ответственность. Как верно пишет профессор Игнатов А.Н.: "Уголовная ответственность малолетних, не понимающих что может произойти от их действий, была бы бессмысленной жестокостью" [12, с. 185].

© Н.А. Селезнева, 2010

До настоящего момента ученые-юристы и практические работники продолжают споры о том, с какого возраста целесообразно привлечение к уголовной ответственности и какие психологические особенности личности несовершеннолетнего при этом могут быть учтены.

Возраст уголовной ответственности не может быть установлен в законе произвольно. Необходимо учитывать психофизиологические особенности человека, основанные на знании таких наук, как физиология, общая и возрастная психология. Многие запреты, которым государство придает значение правовых, доступны для понимания и малолетнего ребенка: нельзя присваивать чужие вещи, нельзя обижать других и т.д. Однако для привлечения лица к уголовной ответственности требуется, чтобы у него был известный уровень правового сознания, способность оценивать не только фактическую сторону своих поступков, но и их социально-правовую значимость. Достижение установленного возраста уголовной ответственности предполагает также наличие у лица способности правильно воспринимать уголовное наказание, ибо только в этом случае оно может достигнуть своей цели.

Границы возраста уголовной ответственности в уголовном праве современных государств широко варьируются в зависимости от исторических и культурных особенностей соответствующей страны [5, с. 149]. Большинство стран устанавливают нижнюю возрастную границу, которая составляет, например, в Бангладеш, Иордании, Йемене, Ливане – 7 лет; Омане, Эфиопии, Мальте – 9 лет; Австралии, Гвинее, Непале, Швейцарии – 10 лет; Бразилии, Грузии, Канаде, Марокко, Турции – 12 лет; Алжире, Узбекистане, Франции – 13 лет; Австрии, Азербайджане, Армении, Беларуси, Украине, России – 14 лет; Дании, Норвегии, Польши, Чехии – 15 лет; Бельгии, Португалии, Чили – 16 лет.

В большинстве стран мира предусмотрен дифференцированный возраст уголовной ответственности, который дифференцируется по трем основным принципам: а) в зависимости от составов преступлений; б) в зависимости от правового режима уголовной ответственности несовершеннолетнего; в) в зависимости от субъективных качеств виновного [5, с.150;].

При дифференциации возраста уголовной ответственности по составам преступлений устанавливается общий и пониженный возраст для некоторых тяжких и иных преступлений, общественная опасность которых осознается в более раннем возрасте. Так, в странах СНГ (кроме Грузии), Литве, Вьетнаме, КНР общий возраст установлен в 16 лет, пониженный – в 14 лет; в Польше соответственно, в 17 и 15 лет.

На Украине уголовная ответственность с 14-летнего возраста, в соответствии со ст. 22, наступает за умышленное убийство (статьи 115-117), посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, работника правоохранительного органа, члена общественного формирования по охране общественного порядка и государственной границы или военнослужащего, судьи, народного заседателя или присяжного в связи с их деятельностью, связанной с осуществлением правосудия, защитника или представителя лица в связи с деятельностью, связанной с оказанием правовой помощи, представителя иностранного

государства (статьи 112, 348, 379, 400, 443), умышленное тяжкое телесное повреждение (статья 121, часть третья статей 345, 346, 350, 377, 398), умышленное средней тяжести телесное повреждение (статья 122, часть вторая статей 345, 346, 350, 377, 398), диверсию (статья 113), бандитизм (статья 257), террористический акт (статья 258), захват заложников (статьи 147 и 349), изнасилование (статья 152), насильственное удовлетворение половой страсти в извращенной форме (статья 153), кражу (статья 185, часть первая статей 262, 308), грабеж (статьи 186, 262, 308), разбой (статья 187, часть третья статей 262, 308), вымогательство (статьи 189, 262, 308), умышленное уничтожение или повреждение имущества (часть вторая статей 194, 347, 352, 378, части вторая и третья статьи 399), повреждение путей сообщения и транспортных средств (статья 277), угон или захват железнодорожного подвижного состава, воздушного, морского или речного судна (статья 278), незаконное завладение транспортным средством (части вторая и третья статьи 289), хулиганство (статья 296).

В зависимости от правового режима уголовной ответственности законодатели некоторых стран устанавливают возраст специальным законодательством – ювенальным. Это характерно для большинства стран Латинской Америки, в частности в Венесуэле, Гватемале, Колумбии и Перу, где под действие указанных законов подпадают несовершеннолетние в возрасте от 12 до 18 лет, а также некоторых стран Европы: в Испании – от 14 до 18 лет, Швейцарии – с 10 до 18 лет.

Возможны два способа определения возраста, с которого начинается уголовная ответственность: календарный и фактический (биологический). При определении календарного возраста фиксируется определенное количество лет от момента рождения человека. Чаще всего возраст устанавливается по документам: выписке из книги регистрации актов гражданского состояния, паспорту и т.п. Календарное определение значительно упрощает вопрос об уголовной ответственности несовершеннолетних, однако проблема дифференциации возрастных границ, несмотря на их законодательное определение, продолжает волновать не только юристов, но и психологов, педагогов, медицинских работников, социологов и других ученых. Ведь наступление подлинного совершеннолетия – это не одномоментное календарное событие, а достаточно длительный процесс. Законодатель, определяя тот или иной возраст ответственности, исходит как из уровня развития психофизических качеств личности, так и уровня ее социализации, которые не имеют четко количественных и качественных показаний.

В действительности степень социальной зрелости подростков различна. Различия могут быть обусловлены как индивидуальными (в пределах нормы) особенностями биологического развития организма, наличием соматической и психической патологии, так и социальными факторами. Это побуждает некоторых ученых и практических работников обращаться к категории “фактического” или биологического возраста. Иными словами, возможна ситуация когда лицо, достигшее определенного возраста, на деле может ему не соответствовать. Закономерен вопрос: как тогда поступать в случаях, если у несовершеннолет-

него обнаружено отставание в психическом развитии, способное влиять на его поведение?

Вышеуказанные проблемы побудили законодателей применять в сочетании с принципом возраста уголовной ответственности так называемый "принцип разумения". В соответствии с данным принципом понимание, осознание несовершеннолетним содеянного и его последствий рассматривается судом как основание уголовной ответственности.

Принцип разумения нашел отражение в российском законодательстве. Согласно ч. 3 ст. 20 УК РФ если несовершеннолетний, достигший возраста уголовной ответственности, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством, во время совершения общественно опасного деяния не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими, то он не подлежит уголовной ответственности. Аналогичные нормы содержатся в УК Азербайджана (ст. 20.3), Беларуси (ч. 3 ст. 27), Казахстана (ч. 3 ст. 15).

Не смотря на столь удачное законодательное решение в последние десятилетия в России участились случаи, когда преступления совершается малолетними лицами. По данным МВД России ежегодно более 90 тыс. детей совершают общественно опасные деяния до достижения возраста привлечения к уголовной ответственности, которые не входят в официальную статистику [10, с. 29]. На учете в органах внутренних дел состоит 424,3 тыс. подростков, в центры временной изоляции ежемесячно доставляется около 2 тыс. детей в возрасте от 11 до 14 лет [1, ст. 3712].

Не исключено, что часть таких лиц по уровню развития опережает биологический возраст и вполне осознает и фактический характер, и общественную опасность своего поведения, и может руководить своими действиями. Может, нужна опровержимость возрастной презумпции в обратном направлении?

Некоторые ученые полагают, что это будет лишним. Так, А.Василевский утверждает, что это повлечет необходимость проведения экспертиз в отношении каждого несовершеннолетнего, повысит субъективизм и возможность злоупотреблений в вопросах привлечения к ответственности [3, с. 29].

Другие высказывают пожелания о снижении возрастного предела в России до 12 лет, а некоторые даже до 10 лет, и возможности сделать порог ответственности 14, а не 16 лет [6, с. 29; 4, с. 24-25; 7, с. 116; 9, с. 21; 2, с. 18-19]. Анкетирование, проведенное автором выявило, что 63,9% опрошенных (против 36,1%) считают целесообразным привлекать 12-летних к уголовной ответственности за осознанное совершение последними тяжких и особо тяжких преступлений. При этом указанный предел означал бы по существу не границу невменяемости и уголовной ответственности, а предел, с которого обязательно должен решаться вопрос о вменяемости.

Например, в английском общем праве установилась презумпция о том, что ребенок в возрасте до 14 лет считается doli incapax (неспособным быть виновным), иными словами, не достигшим возраста, с которого он считается действующим осмотрительно. Однако эта презумпция может быть не принята судом, если он

сочтет, что ребенок знал, что поступал неправильно [8, с. 125]. При этом нижняя возрастная граница уголовной ответственности составляет 10 лет, т.е. ребенок младше этого возраста считается уголовно недееспособным и эта презумпция является неопровержимой.

Возрастные рамки "относительной вменяемости" существуют в Брунее, Индии, Сингапуре и составляют 7-12 лет; в Ирландии, Намибии, ЮАР – 7-14 лет; в Турции – 11-15 лет. Принцип разумения в каждой уголовно-правовой системе или даже стране формулируется по-разному. Так, по УК Болгарии (ч. 2 ст. 31) "несовершеннолетнее лицо – достигшее 14 лет, но не достигшее 18 лет, – является уголовно ответственным, если оно могло понимать характер и значение деяния и руководить своими поступками". В Германии, в соответствии с Законом о ювенальном суде несовершеннолетний от 14 до 18 лет может быть привлечен к уголовной ответственности только в случае, когда он "по своему моральному и духовному развитию обладает достаточной зрелостью, чтобы понимать неправомерность содеянного и действовать в соответствии с этим пониманием".

Додонов В.Н. в своей монографии выделяет следующие критерии разумения [5, с. 153.]: а) способность подростка понимать, что он не должен совершать деяние (Замбия, Кения, Кипр); б) осознавал, что деяние противоправно или дурно (Самоа); в) действовал злонамеренно (Мальта); г) действовал сознательно (Никарагуа, Румыния); д) имел способность осознания значения деяния и способность волеизъявления (Сан-Марино).

Краткий экскурс в зарубежное уголовное право позволяет сделать вывод, что в современных цивилизованных обществах, где правопорядок является важнейшей социальной ценностью, отсутствует тенденция к повышению возраста уголовной ответственности. Малиновский А.А. обуславливает это рядом причин. Прежде всего, правопослушность граждан, по его мнению, определяется высоким уровнем правовой культуры и отмечает, что понимание несовершеннолетними необходимости соблюдения законов является одной из характерных черт общественного правосознания. Так, в судебной практике США имелись случаи привлечения к уголовной ответственности детей в возрасте шести и десяти лет за кражу с взломом. По мнению американских правоприменителей "дети в таком возрасте достаточно зрелы, чтобы понимать разницу между правом собственности и его нарушением" [11, с. 49-99].

Чем цивилизованнее общество, тем раньше ребенок начинает осознавать значение собственного правомерного поведения. Кроме того, некарательные меры уголовно-правового воздействия, применяемые к малолетним преступникам, позволяют, не нарушая принципа гуманизма, своевременно и эффективно корректировать сознание и поведение несовершеннолетнего правонарушителя.

Акцентируя внимание на возрасте уголовной ответственности, мы не должны упускать из виду как лиц, совершающих преступления в малолетнем возрасте, так и их психофизические особенности взросления. Решить данную проблему нам поможет позитивный опыт современных государств.

Литература

1. Федеральная целевая программа “Профилактика безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних” (2000-2002 гг.) // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 37. – Ст. 3712.
2. Андрюхин Н.Г. Дифференциация уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних. Автореферат…дис. канд. юрид наук. – М., 2002.
3. Василевский А.. Возраст как условие уголовной ответственности // Законность. – 2000. – № 11. – С. 24.
4. Власов В.И. На первом месте – защита личности // Российская юстиция. – 1995. – № 3. – С. 24-25.
5. Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть. Монография. Под общ. и научн. ред. С.П.Щербы. – М. 2009.
6. Игошев К.Е., Миньковский Г.М. Семья, дети, школа. – М. 1989. – С. 29.
7. Кобзарь И.А. Проблемы уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних в свете нового законодательства // Новый УК РФ и вопросы совершенствования борьбы с преступностью. Материалы межвузовской научно-практической конференции 19 дек. 1996 г. Челябинск. 1997.
8. Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: Учеб. Пособие. – М. 2000.
9. Невский В.В. Теория и практика исполнения уголовных наказаний в отношении несовершеннолетних: Монография. – Домодедово, 1998.
10. Панкратов Р.И., Тарло Е.Г., Ермаков В.Д. Дети, лишенные свободы. – М.,2003.
11. Ситковская О.Д. Психология уголовной ответственности. – М.: Норма. – 1998.
12. Уголовное право России: под ред. А.Н. Игатова, Ю.А. Красикова. – М., 2008.

Анотація

Селезньова Н.А. **Вік відповідальності у кримінальному праві сучасних держав.** – Стаття.

У сучасних цивілізованих суспільствах, де правопорядок є найважливішою соціальною цінністю, відсутня тенденція до підвищення віку кримінальної відповідальності. Аналізуючи вік кримінальної відповідальності, потрібно звертати увагу як на осіб, що вчиняють злочини в малолітньому віці, так і на їх психофізичні особливості дорослішання. Вирішити цю проблему допоможе позитивний досвід сучасних держав.

Ключові слова: відповідальність, вік

Summary

Seleznoyva N.A. **Responsibility Age in the criminal law of the modern states.** – Article.

There is not tendency to increase age of criminal responsibility in a modern and civilized society. Analyzing age of the criminal responsibility, it is necessary to pay attention as to persons who commit crimes at juvenile age, and on them psychophysical features of a growing. The positive experience of the modern states will help to solve this problem.

Key words: criminal responsibility, age

УДК 343.22-057.3

П.П. Андрушко

СЛУЖБОВА ОСОБА ЯК СПЕЦІАЛЬНИЙ СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ

Законом № 1508-VI від 11 червня 2009 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення", який набрав чинності 18 липня 2009 р.[4] і мав бути введений в дію з 1 січня 2010 року, але термін введення якого в дію Законом від 23 грудня 2009 р. № 1787-VI перенесено на 1 квітня 2010 року, здійснена суттєва диференціація відповідальності осіб, які обіймають в юридичних особах посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, в залежності від того, який юридичний статус такої юридичної особи – є вона юридичною особою приватного чи публічного права. Здійснено це шляхом доповнення статті 18 КК [2, ст. 18] частиною третьою, в якій дається загальне визначення поняття службової особи, уточненням поняття службової особи – суб'єкта злочинів, передбачених статтями 364, 365, 368, 3681 КК, доповненням КК статтями 2351, 2352, 2354, 3681, 3691, та уточненням ознак складів злочинів, передбачених статтями 366 та 369 КК.

Слід звернути увагу на те, що суб'єктами окремих злочинів, виконавцем (суб'єктом) яких законодавцем визначається службова особа, може бути або лише службова особа юридичної особи приватного права, або лише службова особа юридичної особи публічного права, або ним не може бути чи може бути лише представник влади. Зокрема, суб'єктами злочинів, передбачених статтями 218, 219, 220 та 221 КК, можуть бути службові особи лише суб'єктів господарської діяльності – юридичних осіб приватного права, оскільки дія Закону "Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом" поширюється лише на суб'єктів підприємницької діяльності; суб'єктом злочинів, склади яких передбачені ч. 3 ст.109 та ч. 2 ст. 110 КК, законодавцем визначається лише одна категорія службових осіб – представники влади. Лише службові особи – представники влади можуть бути суб'єктами злочинів, передбачених статтями 371, 372, 373, 374, 375 КК.

Суттєвими новелами нового визначення поняття службової особи є:

1) заміна термінопоняття "представник влади" термінопоняттям "представник влади чи місцевого самоврядування" та заміна терміну "обов'язки" терміном "функції";

2) визначення підстав наділення особи спеціальним повноваженням на виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків;

3) уточнення, що функції представника влади чи місцевого самоврядування можуть здійснюватись не лише постійно чи тимчасово, а й за спеціальним повноваженням;

© П.П. Андрушко, 2010

4) визнання у ч. 4 ст. 18 та у п. 2 примітки до ст. 364 КК службовими особами також посадових осіб іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі іноземної держави, а також будь-які особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), а також посадових осіб міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені).

Таким чином, кримінальний закон визнає службовими особами такі категорії осіб:

1) осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування;

2) осіб, які обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням;

3) осіб, які обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням.

При цьому особи, які обіймають постійно чи тимчасово посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, можуть бути:

1) або лише суб'єктами злочинів, передбачених статтями 364, 365, 368, 3681, якщо вони виконують зазначені функції в органах державної влади, місцевого самоврядування, на державних чи комунальних унітарних підприємствах, в установах, чи організація;

2) або лише суб'єктами злочинів, передбачених статтями 2351, 2352 та 2354, якщо вони виконують зазначені функції в юридичних особах приватного права.

Першою категорією службових осіб у п.1 Примітки до ст.364 КК в редакції від 5 квітня 2001 р. названі особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади. У ч. 3 ст. 18 КК, якою вона доповнена Законом "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення" від 11 червня 2009 р., та у п. 1 примітки до ст. 364 КК в редакції цього Закону визначено, що службовими особами у статтях 364, 365, 368, 3681 та 369 КК є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представника влади чи місцевого самоврядування.

У визначенні поняття службової особи у п. 1 примітки до ст. 364 КК в редакції від 5 квітня 2001 р., по-перше, законодавець не пов'язував виконання зазначених функцій з обійманням (постійно чи тимчасово) особою – представником влади певних (яких-небудь) оплачуваних посад у певних (якихось) органах влади. Зокрема, депутати місцевих рад здійснюють свої повноваження

(виконують свої функції) на безоплатній основі, не пориваючи з виробничою або службовою діяльністю. Обіймати певну оплатну посаду у органі місцевого самоврядування депутат місцевої ради може лише у зв'язку з обранням його секретарем сільської, селищної, міської ради, головою, заступником голови районної, обласної, районної у місті ради, або обранням його головою комісії з питань бюджету обласної, Київської та Севастопольської міських рад (ст.6 Закону "Про статус депутатів місцевих рад"). Народний депутат України здійснює свої повноваження на постійній основі.

Органи державної влади і органи місцевого самоврядування є різновидами органів двох форм (видів) влади – влади державної і влади територіальних громад (місцевого самоврядування). Іншими словами, представники органів державної влади та представники органів місцевого самоврядування є представниками влади в широкому розумінні, різновидами якої є державна влада, влада територіальних громад (влада місцевого самоврядування) та контрольно-наглядова влада.

Представниками державної влади є представники трьох її гілок – представники законодавчої влади, якими є лише народні депутати України, представники судової влади, якими є судді Конституційного Суду України, професійні судді, народні засідателі та присяжні, а також представники виконавчої влади. Голова місцевого суду, голови інших судів та їх заступники при здійсненні організаційного керівництва діяльністю відповідного суду виступають як представники виконавчої, а не судової влади. Представниками виконавчої влади є і працівники апарату судів. Посади голови і заступників голови місцевих судів, як і голови та заступників голів апеляційних, касаційних та вищих спеціалізованих судів, в тому числі заступників голів – голів судових палат, згідно із Законом "Про судоустрій України" [6] є адміністративними посадами. Тому голови судів, їх заступники, голови судових палат при виконанні функцій по організаційному керівництву відповідними судами виступають як представники виконавчої влади, які здійснюють організаційно-розпорядчі та/або також адміністративно-господарські функції. Аналогічно Голова Верховного Суду України при здійсненні функцій по організації діяльності Верховного Суду України а також його заступники та голови палат при здійсненні керівництва роботою структурних підрозділів суду виступають як представники виконавчої влади – особи, що здійснюють організаційно-розпорядчі, а у окремих випадках – адміністративно господарські функції. При виконанні ж функцій судді зазначені особи є представниками судової влади.

Представниками виконавчої влади є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням виконують функції виконавчої влади, обіймаючи при їх виконанні, як правило, певні посади в органах виконавчої влади. Вищим органом у системі органів виконавчої влади є Кабінет Міністрів України, який є відповідальним перед Президентом України, підконтрольним і підзвітним Верховній Раді України (ч. 1, 2 ст. 113 Конституції України [1, ст. 113]). До складу органів виконавчої влади входить система центральних органів виконавчої влади та система місцевих органів виконавчої влади. Виконавчу владу

в областях і районах, містах Києві та Севастополі здійснюють місцеві державні адміністрації (ч. 1 ст. 118 Конституції України).

Згідно із Законом "Про місцеві державні адміністрації" від 9 квітня 1999 р. [5] виконавчу владу в областях, районах, районах Автономної Республіки Крим, у містах Києві та Севастополі здійснюють обласні, районні, Київська та Севастопольська міські адміністрації, які є місцевими органами виконавчої влади і входять до системи органів виконавчої влади. Місцеві державні адміністрації є юридичними особами і в межах своїх повноважень здійснюють виконавчу владу на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці, а також реалізують повноваження, делеговані їм відповідними радами. Склад місцевих державних адміністрацій формують голови місцевих державних адміністрацій. Голови місцевих державних адміністрацій призначаються на посаду Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України на строк повноважень Президента України (статті 1, 4, 5, 8 Закону).

Місцеве самоврядування в Україні – це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування, вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України, яке здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст (ст.2 Закону "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21 травня 1997 р.). Представницьким органом місцевого самоврядування є виборний орган (рада), який складається з депутатів і відповідно до закону наділяється правом представляти інтереси територіальної громади і приймати від її імені рішення. Виконавчими органами рад є органи, які відповідно до Конституції України та названого Закону створюються сільськими, селищними, міськими, районними в містах (у разі їх створення) радами для здійснення виконавчих функцій і повноважень місцевого самоврядування, визначених названим та іншими законами.

До системи місцевого самоврядування входять: 1) територіальна громада; 2) сільська, селищна, міська рада; 3) сільський, селищний, міський голова; 4) виконавчі органи сільської, селищної, міської ради; 5) районні та обласні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст; 6) органи самоорганізації населення; 7) районні в місті ради у разі їх утворення, які утворюють свої виконавчі органи та обирають голову ради, який одночасно є і головою її виконавчого комітету (ст. 5 Закону "Про місцеве самоврядування в Україні").

Потребує відповіді питання щодо юридичного статусу об'єднань громадян, які створюються ними за місцем проживання та для захисту своїх інтересів, зокрема про юридичний статус органів самоорганізації поселення, які створюються відповідно до Закону "Про органи самоорганізації населення" від 11 липня 2007 р. №2625-III [7], об'єднань співвласників багатоквартирного будинку, які

створюються відповідно до Закону "Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку" від 29 листопада 2001 р. №2866-III [8], організацій, створюваних, наприклад, громадянами, потерпілими від фінансових афер, органів та організацій, створюваних, громадянами за місцем роботи, навчання, за професійними інтересами, зокрема, щодо юридичного статусу органів самоврядування навчальних закладів, в тому числі органів студентського самоврядування вищих навчальних закладів, а також щодо правового статусу керівників зазначених організацій (органів) та осіб, які представляють їх інтереси (діють від їх імені), а саме чи можуть вони визнаватись службовими особами в кримінально-правовому розумінні (значенні). До юридичних осіб якого права – публічного чи приватного, – відносяться зазначені об'єднання та органи, якщо згідно із законодавством вони є юридичними особами?

Як уже зазначалось, згідно з ст. 5 Закону "Про місцеве самоврядування в Україні" в систему місцевого самоврядування входять і органи самоорганізації населення, які обираються зборами (конференцією) жителів за місцем проживання на основі загального, рівного виборчого права шляхом таємного голосування жителів, які на законних підставах проживають на відповідній території, у складі керівника, заступника (заступників) керівника, секретаря, інших членів (ч. 1, 3 ст. 10 Закону). Легалізація органу самоорганізації населення є обов'язковою і здійснюється шляхом його реєстрації або повідомлення про заснування. У разі реєстрації орган самоорганізації набуває статусу юридичної особи (ч. 1 ст. 13 Закону). Порядок створення та реєстрації органів самоорганізації населення визначається статтями 8-13 названого Закону. Органи самоорганізації населення, з урахуванням положень ЦК України щодо поняття та видів юридичних осіб, формально не можуть визнаватись юридичними особами публічного права, оскільки юридичними особами публічного права є, згідно зі ст. 81 ЦК України, юридичні особи, які створюються розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, а органи самоорганізації населення створюються жителями-громадянами, які проживають на певній території. Не можуть визнаватися органи самоорганізації населення і юридичними особами приватного права. Юридична особа згідно з ч. 1 ст. 81 ЦК України[3, ст. 81], може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна.

Згідно з ч. 3 ст. 7 Закону "Про органи місцевого самоврядування" територія, у межах якої діє орган самоорганізації населення, визначається рішенням ради, що дала дозвіл на створення: а) сільського, селищного комітету – в межах території села, селища, якщо його межі не співпадають з межами діяльності сільської, селищної ради; б) вуличного, квартального комітету – в межах території кварталу, кількох, однієї або частини вулиці з прилеглими провулками в місцях індивідуальної забудови; в) комітету мікрорайону – в межах території окремого мікрорайону, житлово-експлуатаційної організації в містах; г) будинкового комітету – в межах будинку (кількох будинків) в державному і громадському житловому фонді та фонді житлово-будівельних кооперативів;

д) комітету району в місті – в межах одного або кількох районів у місті, якщо його межі не співпадають з межами діяльності районної у місті ради.

Прокуратуру слід визнавати не органом однієї із гілок державної влади – законодавчої, виконавчої чи судової, або ж особливим проявом державної влади взагалі, єдиною системою органів влади, як це пропонується окремими вченими. Органи прокуратури не є "єдиною системою органів влади", вони є однією із гілок влади – не державної влади, а влади Українського народу, якими також є місцеве самоврядування та органи контрольно-наглядової влади. Саме до останніх органів влади відноситься і прокуратура.

Для кримінального права важливим, головним є визначення того, чи є працівники органів прокуратури службовими особами при виконанні ними покладених на них обов'язків, здійсненні покладених на них функцій в межах наданих їм повноважень і компетенції, тобто чи відносяться вони до службових осіб в розумінні визначення поняття службової особи у п. 1 примітки до ст. 364 КК в редакції від 5 квітня 2001 р., та чи визнаються вони особами, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади" після п. 1 примітки до ст. 364 КК в редакції Закону від 11 червня 2009 р.

Конституція України виправдано не відносить прокуратуру та інші органи, які здійснюють контрольно-наглядові функції, до жодної із гілок державної влади, оскільки ними здійснюється контроль за діяльністю (дотриманням законності в діяльності), перш за все, органів однієї із гілок влади – виконавчої, а також за дотриманням законності при виконанні (здійсненні) визначених законодавством функцій органами місцевого самоврядування.

Очевидно, що Конституція України не ототожнює поняття "влада народу" та "державна влада", розглядаючи останню лише як різновид влади народу, – носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, який здійснює владу: 1) безпосередньо (шляхом референдуму); 2) через органи державної влади; 3) через Президента України; 4) через органи місцевого самоврядування. Крім того, Конституція України передбачає утворення і ще деяких інститутів (державних установ), фінансування яких здійснюється (окрім Національного банку України) за рахунок коштів державного бюджету, які утворюють систему органів контрольно-наглядової влади, до якої можна віднести прокуратуру, Національний банк України, Центральну виборчу комісію, Вищу раду юстиції України, Раду національної безпеки і оборони України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та його секретаріат, Рахункову палату, Національну раду України з питань телебачення радіомовлення і, накінець (певною мірою умовно), – Президента України та його секретаріат.

Службові злочини характеризуються, що відображено і у законодавчому визначенні складів злочинів, передбачених статтями 364 та 365 КК, і має місце на практиці, саме зловживанням особою своїм службовим становищем, наданими особі (наділенням її) повноваженнями, в тому числі вчиненням дій, які є перевищенням наданих повноважень. Порушенням обов'язків у формі (вигляді) їх невиконання чи неналежного виконання характеризуються лише один загаль-

ний склад злочинів у сфері службової діяльності – службова недбалість (службова халатність), об'єктивна сторона якого законодавцем визначається як невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них.

Під обов'язком розуміється те, що слід безвідмовно виконувати відповідно до вимог суспільства або виходячи з власного сумління, чого треба беззастережно дотримуватися, певний обсяг роботи та межі відповідальності, що визначаються посадою; під функцією – коло діяльності когось; під компетенцією – коло повноважень організації, установи, особи, а під повноваженнями – права, надані кому-небудь для здійснення чогось.

Зловжити можна повноваженнями – наданими правами в межах компетенції, а не обов'язками, перевищити можна також повноваження, а не обов'язки. Перевищення повноважень – це вчинення дій, право вчинювати які особі не надане, а зловживання повноваженнями чи становищем – це вчинення дій, які входять в компетенцію (коло повноважень) особи.

У Конституції України термін "повноваження" вживається у двох значеннях: 1) для позначення кола питань, що входять до компетенції відповідного органу (посадової особи), його (її) прав та обов'язків, а також його (її) функцій; 2) для визначення проміжку часу (початкового і кінцевого), протягом якого відповідний орган (посадова особа) виконує свої функції.

У законодавчих актах для позначення напрямів і характеру діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів управління, характеру і виду діянь, які повинні чи можуть ними вчинюватись (здійснюватись), в тому числі посадовими (службовими) особами таких органів, а також службовими особами чи працівниками підприємств, установ, організацій чи їх представниками, вживаються різні терміни: "завдання", "функції", "повноваження", "компетенція", "обов'язки", "права", "права та обов'язки".

В цілому можна констатувати, що закони та підзаконні нормативно-правові акти, якими визначаються "завдання", "напрями діяльності", "функції", "компетенція", "повноваження", не містять чітких, однозначних критеріїв визначення змісту термінопонять, які у них вживаються, їх взаємозв'язки та співвідношення між собою а також співвідношення із термінопоняттями "права" та "обов'язки". Це створювало суттєві труднощі при вирішенні питань про розуміння та визначення змісту термінопонять "здійснення функцій" (представника влади), "виконання організаційно-розпорядчих обов'язків" та "виконання адміністративно-господарських обов'язків", які вживались у визначенні поняття службової особи у п. 1 примітки до ст. 364 в редакції від 5 квітня 2001 р., та термінопонять "зловживання владою", "зловживання службовим становищем", "перевищення влади", "перевищення службових повноважень", які вживаються у диспозиціях перших частин статей 364 та 365 КК.

З урахуванням визначення змісту понять "завдання", "функції", "повноваження", "компетенція", "обов'язки", "права", "права та обов'язки" у законодавчих актах та семасіологічного змісту названих слів, у кримінально-правовому значенні слід розуміти: 1) під обов'язками службової особи - ті діяння (дії чи

бездіяльність), які вона зобов'язана вчинювати (утримуватись від вчинення) у зв'язку з обійманням певної посади на підприємстві, в установі, організації (постійно чи тимчасово) чи у зв'язку з покладенням на неї обов'язку їх вчинення законом, рішенням суду, компетентним органом чи компетентною службовою особою; 2) під функціями службової особи – роботу, коло її діяльності, повноважень (об'єм, обсяг прав та обов'язків), які визначають її компетенцію у зв'язку з обійманням певної посади (постійно чи тимчасово) на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності; 3) під повноваженнями – види і коло діянь, які може вчинювати службова особа, та права, які надані їй для здійснення нею своїх функцій; 4) під компетенцією – коло повноважень; 5) під завданнями – заплановані для виконання обсяги роботи, те, що необхідно здійснити, а також мету (цілі), яку (які) необхідно досягти. Поняття "функції" більш широке за обсягом, ніж поняття "обов'язки", останні є частиною перших, тому заміна у визначенні поняття службової особи терміну "обов'язки" на термін "функції" є обґрунтованим.

Виконання особою обов'язків, які покладаються на неї у зв'язку з обійманням нею певної посади, обумовлює наділення особи певними правами та повноваженнями, необхідними для виконання обов'язків. Сукупність прав та обов'язків складає (утворює) повноваження особи, а коло повноважень – її компетенцію.

Повноваженнями та обумовленою ними компетенцією особа наділяється для здійснення завдань, які визначені для відповідного органу, посаду у якому особа обіймає, для досягнення яких орган утворений. Завдання державного органу, органу влади обумовлюють напрями його діяльності – його функції.

Спеціальним повноваженням на виконання функцій представника влади або місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, згідно з ч. 3 ст. 18 та п. 1 примітки до ст. 364 КК, особа може бути наділена: 1) повноважним органом державної влади; 2) повноважним органом місцевого самоврядування; 3) центральним органом державного управління із спеціальним статусом; 4) повноважним органом чи службовою особою підприємства, установи, організації; 5) судом; 6) законом.

Література

1. Конституція України. Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996.
2. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26. – Ст.131.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15&myid=dCCMfOm7xBWMAZBEZiTuFSn9HdlR2sFggkRbI1c
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення. Закон України № 1508-VI від 11 червня 2009 р.[електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1508-17&myid=4/UMfPEGznhhAZB.ZiTuFSn9HdlR2sFggkRbI1c
4. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999р. [електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=586-14.

5. Про судоустрій: Закон України від 07.02.2002 [електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3018-14
6. Про органи самоорганізації населення: Закон України від 11 липня 2007 р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2625-14
7. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку: Закон України від 29.11.2001р. [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2866-14

Анотація

Андрушко П.П. **Службова особа як спеціальний суб'єкт злочину.** – Стаття.

У статті аналізується проблема визначення службової особи як спеціального суб'єкту злочину. Суб'єктами окремих злочинів, виконавцем яких законодавцем визначається службова особа, може бути або лише службова особа юридичної особи приватного права, або лише службова особа юридичної особи публічного права, або ним не може бути чи може бути лише представник влади.

Клюючові слова: слоужбова особа, суб'єкт злочину

Summary

Andrushko P.P. **Official person as special subject of the crime.** – Article.

In this article the author analyzed the problem of executive personality's definition as special subject of the crime. In the separate crimes in which official persons are executors the legislator defines that official person is a legal person of public law, or just official person of private law or it could be just a representative of the power.

Key words: executives, special subject of crime

УДК 343.232(470)

А.И. Рарог

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ УЧЕНИЯ О ВИНЕ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ НАУКЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Как отметил еще в конце 19 века видный российский ученый профессор Г.С. Фельдштейн, "учение о виновности и его бóльшая или меньшая глубина есть как бы барометр уголовного права. Оно – лучший показатель его культурного уровня" [15, с. 2].

Учение о вине имеет методологическое значение для познания, развития и применения практически всех институтов и категорий не только уголовного, но и других отраслей права. Данной научной проблеме уделялось серьезное внимание представителями различных отраслей юридической науки [3; 7; 16]. Поэтому весьма важным представляется анализ состояния учения о вине в современной уголовно-правовой науке и перспектив его дальнейшего развития. Научные исследования проблемы вины в современном уголовном праве России осуществляются по различным направлениям. Обратим внимание на три из этих направлений.

Одним из них является социально-правовая оценка принципа субъективного вменения.

© А.И. Рарог, 2010

Некоторые ученые придают ему основополагающее значение, толкуя его в традиционном смысле как исключение возможности объективного вменения [6, с. 41-43; 8, с. 75; 18, с. 16].

Другие оспаривают универсальность положения о субъективном вменении и высказываются за ревизию господствующего в науке уголовного права взгляда на недопустимость объективного вменения [5, с. 26; 17, с. 10-11], поскольку, по их мнению, "существование объективного вменения – это настолько серьезная проблема, свойственная нашей правовой системе, которая не может быть решена путем выполнения предписаний уголовного закона (ст. 5 УК РФ)" [17, с. 11].

Третьи полагают, что "субъективное вменение есть не что иное, как установление уголовной ответственности при отсутствии действия или бездействия лица за наличие у него опасного состояния разума" [11, с. 37], поэтому "принцип, закрепленный в ч. 1 ст. 5 УК РФ, следовало бы правильнее назвать не принципом вины, как это имеет место сейчас, а принципом объективно-субъективного вменения" [11, с. 38].

Думается, ни для отказа от принципа субъективного вменения, ни для его ревизии нет никаких оснований, хотя наличие в уголовном праве элементов объективного вменения – это реальность, которую нельзя игнорировать. И задача науки состоит в том, чтобы определить допустимые пределы объективного вменения, не поколебав при этом субъективного вменения как принципа уголовного права.

Второе направление научных исследований в области вины составляет разработка доктринальных рекомендаций по закреплению понятия вины в уголовном законе, как это сделано в УК Украины и УК Республики Беларусь.

Украинский законодатель определяет вину как "психическое отношение лица к совершаемому действию или бездействию, предусмотренному настоящим Кодексом, и его последствиям, выраженное в форме умысла или неосторожности" (ст. 23 УК). По сути, таким же, но более кратким является определение вины и в УК РБ, где вместо действия или бездействия, предусмотренного Уголовным кодексом, и его последствий, используется термин "общественно опасное деяние" (ст. 21).

Многие российские ученые предлагают дополнить подобным определением и УК РФ. Большинство из них склоняются к традиционному психологическому определению вины [18, с. 122; 4, с. 9; 9, с. 7]. Но в последние годы в предлагаемые законодателю определения вины ученые все чаще включают оценочный элемент.

Например, А.М. Трухин предлагает определить вину как "отрицательное психическое отношение лица к социальным ценностям, выраженное в умышленном или неосторожном совершении преступления" [14, с. 24]. С.В. Векленко определяет вину как упречное сознательно-волевое или упречное должное (презюмируемое государством) отношение лица к совершаемому им нарушению уголовно-правового запрета" [1, с. 215].

Отдельные ученые принципиально отрицают традиционную психологическую трактовку вины. Так, С.В. Скляров утверждает, что вина является

оценочным понятием, что “выделение в формах вины интеллектуального и волевого моментов... является искусственным”, поэтому необходимо отказаться от волевого момента вины при регламентации ее форм” [13, с. 16]. Вину он предлагает определить в законе как “степень осознания лицом характера и содержания совершаемых им действий (бездействия) и их последствий, определяемую судом на основе собранных, проверенных и оцененных доказательств в порядке, установленном Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации” [13, с. 9; 12, с. 22]. Приведенное определение страдает рядом недостатков.

Во-первых, вина характеризуется как степень осознания лицом характера и содержания совершаемого деяния, хотя любое понятие должно определяться в первую очередь через его качество, а не количество.

Во-вторых, вина из реального явления волей автора превращается в оценочную деятельность суда.

В-третьих, в авторском определении вины как уголовно-правовой категории преобладает не материальный, а процессуальный аспект.

В-четвертых, при такой трактовке вины ее степень, т.е. количественную характеристику (что признает и сам С.В. Скляров [12, с. 10]), неизбежно придется определять как степень степени, что явно бессмысленно.

В силу отмеченных недостатков предложенное определение вины способно внести путаницу в теорию уголовного права и совершенно бесперспективно в плане законодательной реализации.

Существенным направлением развития теории вины является теоретическое исследование ее форм.

Некоторые отечественные криминалисты предлагают включить в законодательное определение умысла указание на осознание не только общественной опасности, но и противоправности совершаемого деяния [5, с. 35; 17, с. 14-15; 18, с. 144]. Эта идея, реализованная в законодательстве целого ряда стран, заслуживает серьезного внимания и требует дальнейших исследований.

Следует отметить, что наряду с конструктивными идеями в литературе по уголовному праву высказываются и нетрадиционные взгляды, практическая полезность которых находится под большим вопросом.

Так, вряд ли перспективными как в законотворческом, так и в правоприменительном планах являются предложения отказаться от волевого элемента умысла, а тем более – от разделения умысла на прямой и косвенный [10, с. 127-128].

Серьезные возражения вызывает предлагаемый С.В. Скляровым отказ от осознания общественной опасности в законодательной формуле обоих видов умысла. По его мнению, не все преступления можно признать общественно опасными, поскольку “термин “общественная опасность”, по сути, является антонимом термина “общественная безопасность”, отсюда... деяние, не посягающее на общественную безопасность, не является по своей сути общественно опасным” [12, с. 25]. С этой сомнительной аргументацией автор предлагает в формуле умысла осознание общественной опасности заменить

осознанием факта нарушения определенных правил поведения, которые закреплены не обязательно в законе, а могут содержаться в нормах морали или обычая [12, с. 28]. По его мнению, лицо, совершающее умышленное преступление, "сознает, что делает что-то "нехорошее", то, что не принято делать, сознает, что его действия нарушают определенные правила поведения, что большая часть людей инее ведет себя подобным образом" [12, с. 29].

Предложенная трактовка интеллектуального элемента умышленной формы вины, во-первых, противоречит законодательному определению преступления как общественно опасного деяния, а во-вторых, полностью стирает грани между виной в ее этическом, нравственном и уголовно-правовом значениях. А если учесть, что С.В. Скляров предлагает вообще отказаться от волевого элемента вины, то установление умысла последовательно и логично подменяется презумпцией его наличия, что может полностью перечеркнуть принцип субъективного вменения.

Со времен Б.С. Утевского, В.Г. Макашвили, М.С. Гринберга, П.С. Дагеля, Р.И. Михеева, И.Г. Филановского, М.Г. Угрехелидзе и других криминалистов прошлого века интерес к неосторожной форме вины нисколько не ослабевает. В нынешнем столетии уже защищены две докторские и немало кандидатских диссертаций, посвященных исследованию неосторожной формы вины и преступлений, совершенных по неосторожности. Однако в новейших работах, посвященных неосторожной форме вины, к сожалению, не уделяется должного внимания тем уточнениям легкомыслия и небрежности, которые внесены в их определения Уголовным кодексом РФ 1996 года.

В отличие от прежних российских уголовных кодексов в УК РФ (как и в ч. 2 ст. 23 УК РБ) подчеркивается, что лицо, действующее по легкомыслию, предвидит возможность наступления общественно опасных последствий, но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывает на их предотвращение (ч. 2 ст. 26) [2, с. 103-108]. Из этой формулировки с очевидностью следует, что в ситуации преступного легкомыслия у виновного имелись вполне определенные, хотя и недостаточные, основания рассчитывать на ненаступление вредных последствий. Достаточность оснований для расчета на предотвращение общественно опасных последствий – это оценочное понятие, поэтому в задачу науки уголовного права входит доктринальная разработка критериев такой достаточности.

Этот признак незаслуженно обойден вниманием ученых и при исследовании вопроса о невиновном причинении вреда. К невиновному причинению вреда в виде субъективного случая ст. 28 УК РФ (как и ст. 26 РБ) относит только: а) отсутствие осознания общественной опасности деяния при невозможности по обстоятельствам дела такого осознания; б) непредвидение возможности наступления общественно опасных последствий лицом, которое не должно было или не могло их предвидеть.

Тем самым законодатель упустил из виду еще один вид субъективного случая: расчет на предотвращение предвидимых лицом общественно опасных послед-

ствий при наличии достаточных для этого оснований, т.е. при обоснованном расчете избежать вредных последствий[1].

Законодательное определение небрежности в ч. 3 ст. 26 УК РФ (как и в ч. 3 ст. 23 УК РБ) также имеет важное отличие от ее определений в советских кодексах: в нем подчеркивается, что лицо, которое не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий своего деяния, должно было и могло их предвидеть при необходимой внимательности и предусмотрительности. Эта формулировка заслуживает внимания в двух аспектах.

Во-первых, в ней содержится оценочный признак (проявление или, наоборот, не проявление необходимой внимательности и предусмотрительности), поэтому он нуждается в научном обосновании каких-то критериев и в определении допустимых пределов оценочной деятельности суда.

Во-вторых, данный признак сформулирован неточно. Обязанность предвидеть возможные последствия своего деяния – это нормативный признак. Он указывает на то, что в силу различных оснований на лице лежала юридическая обязанность предвидеть возможность причинения вреда и не допустить его. А возможность предвидеть вредные последствия – это оценочный признак, основанный на учете персональных способностей данного лица в сложившейся обстановке предвидеть негативные последствия своего деяния. Поэтому в определении небрежности следовало бы указать, что лицо должно было и при необходимой внимательности и предусмотрительности могло предвидеть возможность наступления общественно опасных последствий своего деяния. Оба эти аспекта требуют дальнейших теоретических изысканий.

Литература

1. Векленко С.В. Виновное вменение в уголовном праве: Дис. ...д-ра юрид. наук. – Омск, 2003. – С. 215.
2. Верина Г.В. Легкомыслие как вид неосторожной формы вины // Правоведение. – 2003. – № 2. – С. 103-108.
3. Додин Е.В. Основание административной ответственности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1965.
4. Гребенюк А. Вина в российском уголовном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. 2004. – С. 9
5. Лунев В.В. Субъективное вменение // Уголовное право: новые идеи. – М., 1994. – С. 26;
6. Мальцев В.В. Принцип вины в уголовном законодательстве // Уголовное право. – 2003. – № 3. – С. 41-43.
7. Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. – Киев, 1955.
8. Михеев Р.И. Уголовная политика и проблемы субъективного вменения // Проблемы советской уголовной политики. – Владивосток, 1985. – С. 75.
9. Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2006. – С. 7.
10. Плотников А.И. Спорные вопросы законодательной характеристики умысла // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. – М., 2005. – С. 127-128.
11. Пономарев П.Г. О принципе вины, закрепленном в Уголовном законе России // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. – М., 2008. – С. 37.
12. Скляров С.В. Вина и мотивы преступного поведения. – СПб., 2004. – С. 22.
13. Скляров С.В. Вина и мотивы преступного поведения как основание дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2004. – С. 16.

[1] Уместно заметить, что этот вид субъективного случая известен законодательству некоторых стран (например, ч. 2 ст. 23 УК Республики Казахстан).

14. Трухин А.М. Вина как субъективное основание уголовной ответственности. – Красноярск, 1992. С. 24.
15. Фельдштейн Г.С. Природа умысла. – М., 1898. – С. 2.
16. Хвостов А.М. Вина в советском трудовом праве. – Минск, 1970.
17. Язовских Ю.А. Проблемы вменения в российском уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 10-11.
18. Якушин В.А. Субъективное вменение и его уголовно-правовое значение. – Тольятти, 1998. – С. 16.

Анотація

Рарог О.І. **Перспективи развитку вчення про вину у сучасній російській науці кримінального права.** – Стаття.

Вчення про вину має методологічне значення для пізнання, розвитку та застосування практично всіх інститутів і категорій не тільки кримінальної, але й інших галузей права. Даній науковій проблемі приділялася серйозна увага представниками різних галузей юридичної науки. Тому дуже важливим є аналіз стану вчення про вину в сучасній кримінально-правовій науці та перспектив його подальшого розвитку.

Ключові слова: Вчення про вину, кримінальне право

Summary

Rarog A.I. **Prospects of development of studies about guilt in modern Russian science of criminal law.** – Article.

The doctrine about fault has methodological value for knowledge, developments and application of almost all institutes and categories not only criminal, but also other areas of the law. To this scientific problem the close attention was taken away by representatives of different areas of jurisprudence. Therefore an analysis of a condition of the doctrine about fault in a modern criminal-legal science and the perspectives its further development is very important.

Key words: fault doctrine, criminal law

УДК 343.222.1/3

О.О. Дудоров

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЯВЛЕННЯ НАМІРУ

Як відомо, інститут стадій має чітко виражений кримінально-політичний характер: за ним судять про ступінь репресивності того чи іншого кримінального законодавства; він сприяє розмежуванню злочинної і незлочинної поведінки, визначає можливість застосування кримінальної відповідальності за такі умисні діяння, які поки що можуть і не завдати шкоди людині, суспільству або державі. Зазначене добре простежується при з'ясуванні кримінально-правової значущості виявлення наміру, під яким зазвичай розуміється зовнішній прояв тим чи іншим способом (усно, письмово, за допомогою конклюдентних дій тощо) наміру особи вчинити злочин, проте без конкретних діянь, спрямованих на реалізацію цього наміру.

Проблематику кримінально-правових аспектів виявлення наміру актуалізувало запровадження кримінальної відповідальності за пропозицію хабара

© О.О. Дудоров, 2010

(ч. 1 ст. 369 КК у редакції Закону від 11 червня 2009 р. № 1508-VI "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення"). Цю законодавчу новелу В.А.Мисливий характеризує як спробу криміналізувати виявлення умислу при тому, що "висловлення суб'єктом думки щодо можливого давання хабара, винесення на обговорення цього питання, домовленість про нього з позицій класичних постулатів кримінального права не може утворювати склад злочину" [1]. Традиційно у нашій судовій практиці особа, яка лише пропонувала хабар, не супроводжуючи таку пропозицію вчиненням дій, спрямованих на її реалізацію, не притягувалась до кримінальної відповідальності через визнання вчиненого лише виявленням наміру, що не містить ознак складу злочину.

Маючи на меті висвітлення дискусійних кримінально-правових аспектів виявлення наміру, передусім відзначу, що питання про те, чи визнавати виявлення наміру (так званий "голий умисел") стадією вчинення злочину, принципового значення не має. Важливе інше – чи визнається така поведінка людини злочинною і, відповідно, чи має тягнути вона кримінальну відповідальність. Показовим у цьому плані є підхід В.К. Грищука. Науковець, хоч і відносить формування (виникнення) умислу і виявлення умислу на вчинення злочину (голий умисел) до стадій злочину, водночас вказує на те, що ці стадії діяльності суб'єкта злочину не мають кримінально-правового значення [2]. А.П. Козлов, який визнає виникнення наміру та його виявлення самостійними і кримінологічно значущими стадіями вчинення злочину, закликає не ототожнювати предмет дискусії – проблеми динаміки розвитку злочину і проблеми кримінальної відповідальності за незакінчений злочин [3].

Не дивлячись на те, що виявлення наміру є кроком вперед порівняно з внутрішнім психічним процесом (формуванням наміру), чинне законодавство України не передбачає караності такої поведінки. Вважається, що думки, бажання, наміри, ідеї, не підкріплені реальними злочинними діяннями особи, не здатні заподіяти шкоди охоронюваним законом соціальним цінностям, а тому знаходяться поза сферою кримінально-правового регулювання. Закріплений у КК України підхід щодо безкарності виявлення наміру виходить із визнання злочином лише суспільно небезпечного діяння – дії або бездіяльності (ч. 1 ст. 11 КК), ґрунтується на відомих ще римському праву тезах nullum crimen sine actus (немає злочину без вчинення дії), cogitationis poenam nemo patitur (думки не караються), враховує положення ст. 34 Конституції України про право кожного на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

С.В. Дрьомов запропонував розрізняти поняття виявлення наміру і голого умислу. "Про голий умисел йдеться тоді, коли особа не має наміру вчинити злочин, а лише у певний спосіб висловлює нічим не підкріплені погрози. Натомість, виявлення наміру має місце тоді, коли у особи існує реальне бажання вчинити конкретне суспільно небезпечне діяння, але до певного часу воно приховується від оточення" [4]. Зверну увагу на те, що у випадках, які вказані у КК і про які йтиметься нижче, погрози визнаються кримінально караною поведінкою (закінченим злочином або замахом) незалежно від того,

чи мала особа насправді намір реалізувати ту чи іншу погрозу. Наприклад, той, хто при вчиненні розбою погрожує застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, з різних причин може планувати фактичне незастосування цього насильства (винний не здатен подолати певний психологічний бар'єр, вирішив обмежитись залякуванням потерпілого тощо). Якщо реальність погрози є обов'язковою ознакою передбаченої ст. 129 КК погрози вбивством, то для погроз, які фігурують у ст. ст. 280, 345, 346, 350, 355, 377, 386, 398, 405 КК України, це не характерно: злочини, передбачені вказаними статтями, вважаються закінченими з моменту сприйняття протиправної погрози [5].

Важко погодитись і з думкою про те, що виявлення наміру є поведінкою, яка завжди приховується від оточення, позаяк навряд чи виключаються випадки, коли особа афішує своє бажання вчинити злочин. Щоправда, через вжиття запобіжних заходів це може не наближувати, а, навпаки, віддаляти особу від бажаного злочинного результату. При виявленні наміру особа ставить себе під загрозу викриття. При цьому етимологія поняття "виявлення" (виявлятися означає робитися явним, помітним, ставати відомим тощо) якраз і дозволяє побачити різницю між виявленням наміру як вже сприйнятою іншими особами поведінкою і формуванням наміру як поки що прихованим від сторонніх осіб внутрішнім психічним процесом. Мабуть, не варто робити наголос і на тому, що виявлення наміру завжди передбачає саме реальне бажання вчинити злочин, адже відповідні заяви інколи робляться у стані збудження особи, яка насправді не збиралася вчиняти злочин, можуть бути викликані бажанням пожартувати, похизуватись перед знайомими, залякати їх тощо. Ще О.А.Герцензон відзначав, що з одного факту виявлення наміру ще не можна судити про дійсну рішучість суб'єкта вчинити злочин [6]. Таким чином, запропонована С.В. Дрьомовим диференціація понять "виявлення наміру" і "голий умисел" не може бути сприйнята.

Звернення до поняття виявлення наміру мало місце в нашій юридичній літературі при розкритті кримінально-правової характеристики передбаченого ст. 197-1 КК України самовільного зайняття земельної ділянки. Річ у тім, що відповідно до ст. 1 Закону України від 19 червня 2003 р. "Про державний контроль за використанням та охороною земель" зайняття земельних ділянок утворювали будь-які дії особи, які свідчили про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки чи намір використовувати земельну ділянку. Аналізуючи цю законодавчу дефініцію, Н.О.Антонюк вважала за необхідне наголосити на безпідставності визнання самовільним зайняттям земельної ділянки як злочином наміру використовувати земельну ділянку без належного дозволу: "... сам задум використовувати не надану особі земельну ділянку не можна вважати злочином, оскільки він ніяк не проявляється в дійсності і, як наслідок, повинен розглядатись як "голий умисел" [7]. Погоджуючись із наведеним висловлюванням, водночас зауважу, що у законодавчому визначенні самовільного зайняття земельної ділянки мова йшла не просто про намір використання ділянки, а про дії, які свідчили про такий намір, а це унеможливлювало оцінку вказаних дій як "голого умислу". До відмінних від використання земельної ділянки дій,

які однак свідчать про намір у подальшому використовувати земельну ділянку і які за певних умов мають тягнути відповідальність за ст. 197-1 КК, можуть бути віднесені, наприклад, огородження ділянки, виставлення охорони, яка перешкоджає власнику земельної ділянки чи землекористувачеві здійснювати свої права на землю. З огляду на сказане, вадою закріпленого у Законі від 15 квітня 2008 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення вимог земельного законодавства" визначення самовільного зайняття земельної ділянки є зведення останнього винятково до дій, що означають фактичне використання земельної ділянки.

Від виявлення наміру потрібно відрізняти випадки кримінально караної погрози, наприклад, погрозу вбивством (ст. 129 КК), погрозу знищити чуже майно загальнонебезпечним способом (ст. 195 КК), погрозу вчинити терористичний акт (ст. 258 КК), погрозу вчинити викрадення або використання радіоактивних матеріалів (ст. 266 КК), погрозу вбивством, насильством, знищенням чи пошкодженням майна щодо судді (ст. 377 КК) або щодо захисника чи представника особи (ст. 398 КК). У названих та інших подібних випадках закон передбачає відповідальність не за небезпечні думки, а за закінчене суспільно небезпечне діяння, коли сам по собі факт виявленої зовні і доведеної до відома потерпілого погрози (її описання у КК бажано уніфікувати) визнається посяганням на певні соціальні цінності – життя особи, її власність, громадську безпеку, інтереси правосуддя тощо. З цього приводу М.С.Таганцев – переконаний супротивник запровадження караності виявлення наміру – зазначав, що погроза карається не як виявлення умислу, а як самостійне злочинне діяння завдяки тій тривозі і хвилюванню, які погроза чи вихваляння викликають в особі чи в суспільстві, котрим погрожують [8].

Відмінна від виявлення наміру кримінально карана погроза-діяння або утворює склад закінченого злочину, пов'язаного з порушенням психічної недоторканості особи, або є ознакою, що характеризує насильницький спосіб вчинення злочину, – зґвалтування, розбою, вимагання, примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків, протидії законній господарській діяльності, примушування до виконання або невиконання цивільно-правових зобов'язань тощо.

Не слід розглядати як виявлення наміру також передбачені Особливою частиною КК злочини, формою вчинення яких є різноманітні заклики, зокрема, публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади (ч. 2 ст. 109 КК), публічні заклики до зміни меж території або державного кордону України (ст. 110 КК), публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258-2 КК). Вказані та подібні їм діяння, вчинювані у формі написання і проголошення слів, фраз, промов, утворюють самостійні посягання на відповідні об'єкти кримінально-правової охорони.

Передбачені чинним КК випадки кримінально караних погроз і закликів є прикладом обмеження на законодавчому рівні конституційного права особи на вільне вираження своїх поглядів і переконань, яке допускається, зокрема, в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського

порядку, для захисту прав інших людей, для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (ч. 3 ст. 34 Конституції України).

Про те, що межа між незлочинним виявленням наміру і кримінально караною поведінкою особи є доволі хиткою, умовною і може бути легко перейдена законодавцем, свідчить не тільки криміналізація в Україні погроз і закликів, а й відповідний зарубіжний досвід. Так, ст. 246 КК Італії визнає злочином не лише отримання грошей громадянином Італії від іноземця з метою вчинення дій, які суперечать національним інтересам, а й згоду на отримання цих грошей. Кримінально караними визнаються і такі дії, як вихваляння підривної або антинаціональної пропаганди, вихваляння підбурювання до вчинення державного злочину (відповідно, ст. 272 і ст. 303 КК). Вказані законодавчі приписи оцінюються в літературі як встановлення кримінальної відповідальності за виявлення наміру, що суперечить конституційному праву на висловлювання і розповсюдження своїх думок і дозволяє застосовувати кримінально-правову репресію у випадку найменшого порушення інтересів держави [9].

Щодо неоднозначно сприйнятої окремими вітчизняними науковцями кардинальної зміни підходів щодо караності пропозиції хабара, то вона, як відомо, була зумовлена сприйняттям нашою державою міжнародно-правових стандартів щодо протидії корупції. Під час обговорення законопроекту, згодом ухваленого як Закон України від 11 червня 2009 р. № 1508-VI, окремі народні депутати України, виступаючи проти криміналізації пропозиції хабара, вказували на те, що цей крок означатиме встановлення кримінальної відповідальності за одну з форм виявлення наміру на вчинення злочину, яке у вітчизняній традиції кримінального права не визнається караним. Особа за свої наміри і думки, наскільки б антисоціальними вони не були, не може підлягати кримінальній відповідальності. Наведені міркування не були взяті до уваги з огляду на те, що вимога криміналізувати пропозицію хабара міститься у ст.ст. 15, 16, 21 Конвенції ООН проти корупції і ст.ст. 2, 7 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією, та з урахуванням того, що пропозиція хабара криміналізована в усіх державах із низьким рівнем корупції. На зумовлену ратифікацією відповідних міжнародно-правових документів необхідність розширити об'єктивну сторону давання хабара за рахунок пропозиції та обіцянки надання хабара вказував у своєму дисертаційному дослідженні Д.І. Крупко [10].

Отже, висловлення готовності дати хабар (не має значення – негайно або у майбутньому) визнається закінченим злочином, передбаченим ч. 1 ст. 369 КК України, й однозначно оцінити таку законодавчу новелу, мабуть, неможливо. З одного боку, у цьому разі справді можна говорити про небезпечний прецедент встановлення кримінальної відповідальності за виявлення наміру; з іншого боку, у вітчизняного законодавця були свої резони для прирівнювання пропозиції хабара до кримінально караних погроз і закликів. Цілком очевидно і те, що запровадження кримінальної відповідальності за пропозицію хабара, а так само за пропозицію неправомірної вигоди службовій особі юридичної особи приватного права (ст. 235-4 КК) та особі, яка надає публічні послуги (ст. 235-5 КК) не повною мірою узгоджується із процесуальною здійсненністю кримінального

переслідування як одним із принципів криміналізації. "Багаторічна практика боротьби з хабарництвом показує, що його викриття має свої особливості, які пов'язані виключно зі складнощами доведення об'єктивної сторони давання хабара ... Не випадково діяльність працівників відповідних служб правоохоронних органів при викритті хабарництва, як правило, передбачає застосування оперативно-розшукових заходів, спрямованих на документування злочинних дій, зокрема, спеціальне маркування предмета хабара, застосування відеозапису тощо" [1]. Процесуальні і криміналістичні труднощі у встановленні фактів пропозиції хабара, безумовно, матимуть місце, але ж зрозуміло і те, що ті випадки пропозиції хабара, які піддавались кримінально-правовій оцінці і згідно з чинним раніше законодавством визнавались (у тому числі на рівні опублікованих рішень Верховного Суду України) незлочинним виявленням наміру, були встановлені і доведені у порядку, визначеному КПК.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про умовність і (головне) невиправданість жорсткого протиставлення кримінально караних діянь незлочинному виявленню наміру. Здійснений вище аналіз відповідних законодавчих положень і здобутків доктрини засвідчує, що при вирішенні конкретних кримінально-правових проблем і, зокрема, при визначенні меж злочинної поведінки людини, яка нагадує виявлення наміру, у першу чергу треба брати до уваги змістовні чинники.

Література

1. Мисливий В. Пропозиція хабара: злочин чи виявлення умислу? // Юридичний вісник України. – 2-15 січня 2010 р. – № 1-2.
2. Грищук В.К. Кримінальне право України: Загальна частина: Навч. посіб. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – С. 306.
3. Энциклопедия уголовного права. Т.3. Понятие преступления. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2005. – С. 253.
4. Дрьомов С.В. Виявлення наміру: кримінально-правова характеристика та роль у виконанні завдань щодо запобігання злочинам // Кримінальне право. – 2006. – № 5. – С. 31.
5. Шаблистий В.В. Співвідношення загальної та спеціальних правових норм про кримінальну відповідальність за погрозу вбивством // Актуальні проблеми розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, 31 жовтня 2008 р., Запоріжжя: у 2 ч. – Запоріжжя: Юридичний ін-т ДДУВС, 2008. – Ч. II. – С. 153.
6. Герцензон А.А. Уголовное право: Часть Общая. – М.: РИО ВЮА, 1948. – С. 348.
7. Антонюк Н. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво // Вісник прокуратури. – 2008 – № 1. – С. 82.
8. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. Т. 1. – М.: Наука, 1994. – С. 292.
9. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под ред. и с предисл. И.Д.Козочкина. – М.: Ин-т межд. права и экономики им. А.С.Грибоедова, 2001. – С. 538, с. 542.
10. Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – С. 205-208.

Анотація

Дудоров О.О. **Кримінально-правові аспекти виявлення наміру.** – Стаття.

При з'ясуванні кримінально-правової значущості виявлення наміру, під яким зазвичай розуміється зовнішній прояв тим чи іншим способом наміру особи вчинити злочин, проте без конкретних діянь, спрямованих на реалізацію цього наміру добре простежується інститут стадій, що має чітко виражений кримінально-політичний характер.

Ключові слова: стадії скоєння злочину, виявлення наміру

Summary

Dudorov O.O. **Criminal and legal aspects of exposure the intention.** – Article.

At establishing the criminal-law importance of intent, which is basicly the outer reflection of the intention to commit a crime, however without specific actions aimed to realize this intent, the institute of crime committing stages is clearly visible and has a notable criminally-political character.

Key words: intent, crimes genesis

УДК 343.2.01

Г.А. Есаков

ОБЪЕКТИВНЫЕ И СУБЪЕКТИВНЫЕ СТАНДАРТЫ ОЦЕНКИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Решение вопроса об уголовной ответственности предполагает, говоря в самом первом приближении, решение вопроса о наличии либо же отсутствии в действиях лица признаков состава преступления, обстоятельств, исключающих преступность деяния, иных обстоятельств, препятствующих наступлению уголовной ответственности. С этой целью компетентный субъект устанавливает и оценивает поведение человека и его психическое отношение к происходящим событиям с точки зрения стандартов, закреплённых в уголовном законе и выработанных доктриной и судебной практикой. Установление поведения человека как воплощающегося в объективной действительности не представляет в большинстве случаев сложностей; также незатруднительно оценить психическое отношение лица к происходящим событиям. Однако в связи с таким психическим отношением лица (необязательно здесь связываемого с виной) особе значение приобретает стандарт оценки.

Не подлежит сомнению, что все люди рождаются разными в смысле интеллектуально-волевых и эмоциональных способностей и вырастают в различных условиях, также отлично влияющих на развитие указанных способностей. То, что один предвидел бы с легкостью, другой предвидеть не может; там, где один впадает в исступлённое состояние, другой остаётся хладнокровен; там, где один выхватывает оружие и защищается, другой ждёт до последнего; там, где умение одного позволяет избежать вредных последствий, неопытность или леность другого влекут гибельные следствия. В обозначенных ситуациях

© Г.А. Есаков, 2010

решение вопроса об уголовной ответственности требует выбора между субъективно-личностным и объективно-усреднённым подходом. Эту проблему выбора мы обозначим на примере субъективной стороны состава преступления и обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Выделяя в рамках вины как признака субъективной стороны состава преступления две формы вины и, соответственно, четыре разновидности, мы можем подчеркнуть, что применительно к прямому и косвенному умыслу, а также легкомыслию (преступной самоуверенности по украинской терминологии) стандарт оценки является субъективно-личностным. Это означает, что лицо может считаться действующим с умыслом или по легкомыслию (преступной самоуверенности) только если оно в реальности осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и соответственно проявляло волевое отношение к этим последствиям. Субъективно-личностный стандарт оценки обусловлен текстом закона, связывающим эти разновидности вины с личностью (например, "лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их наступления" в ч. 2 ст. 25 УК РФ или "лицо осознавало общественно опасный характер своего деяния (действия или бездействия), предвидело его общественно опасные последствия и желало их наступления" в ч. 2 ст. 24 УК Украины), а также принципом субъективного вменения, предполагающим, говоря в целом, личную вину лица в содеянном.

Не столь однозначно решался и, можно утверждать, решается вопрос соотносительно с небрежностью. Данная разновидность вины характеризуется непредвидением лицом возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия) и долженствованием и возможностью такого предвидения (ч. 3 ст. 26 УК РФ, ч. 3 ст. 25 УК Украины). И если непредвидение является непредвидением субъективно-личностным, то долженствование и, в особенности, возможность предвидения (на чём мы и сосредоточимся далее) могут оцениваться либо с субъективно-личностных, либо с объективно-усреднённых позиций.

В доктрине уголовного права установление возможности предвидения связывается с субъективно-личностным стандартом оценки, противопоставляемым объективно-усреднённому стандарту, или критерию "среднего человека". Этот субъективно-личностный стандарт означает "персональную способность лица в конкретной ситуации, с учетом его индивидуальных качеств и ... при проявлении необходимой внимательности и предусмотрительности предвидеть возможность наступления общественно опасных последствий своего деяния" [2, с. 121; 5, с. 287-297]. Иными словами, при оценке возможности предвидения судом берётся не абстрактный усреднённый человек, а данный обвиняемый, со всеми его достоинствами и недостатками. Истоки этого подхода можно усмотреть ещё в доктрине XIX в. [3, с. 260-262], критиковавшей стандарт "среднего человека". Так, Н.С. Таганцев писал: "...Падая на личность, имея в виду данного индивидуума, она (т.е. уголовная ответственность. – *Г.Е.*) должна сообразоваться с его

индивидуальными условиями, его трусливостью, ограниченностью, находчивостью и т.д.” [4, с. 483].

Вместе с тем такое решение проблемы не является единственно верным и приемлемым. Представляется, что существуют ситуации, в которых субъективно-личностный стандарт в установлении небрежности должен уступать место объективно-усреднённому. Эти ситуации могут быть условно названы “предшествующим небрежением”, когда лицо, на которое в будущем возлагаются специальные, отличные от общебытовых обязанности, не предпринимает должных действий к их усвоению, хотя может это сделать. Ещё Н.С. Таганцев указывал, что “...в одном случае суд при определении неосторожной вины может отправляться от объективной мерки, когда основой небрежности является отсутствие знаний, и в особенности специальных, требуемых той деятельностью или профессией, которой занимался виновный, так как тогда объём обязательных знаний, конечно, может быть определён по объективному масштабу” [4, с. 483-484]. Аналогичной по сути точки зрения придерживался и М.Д. Шаргородский: “Человек в современном обществе должен отвечать за то, что он принимает на себя ответственность за деятельность или действия, с последствиями которых он справиться не в состоянии. Так, должен отвечать хирург, который неграмотно произвёл операцию (в результате чего умер больной), но который эту операцию лучше произвести не мог потому, что он плохо учился, хотя окончил медицинский институт, лучше оперировать не умеет, однако должен, если он берётся за подобную деятельность. ...Ответственность должна быть сугубо индивидуальной, ...она должна учитывать индивидуальные способности и особенности данного конкретного человека. Но это (свои способности. – *Г.Е.*) должен учитывать и сам субъект, и если он сознательно не учитывает своих возможностей и тем самым ставит в опасность и причиняет вред обществу, то он должен за это отвечать” [6, с. 391-392]. В последние годы этот аспект небрежности незаслуженно игнорируется. Представляется, что необходимо задуматься над тем, не является ли чрезмерно либеральным субъективно-личностный стандарт в случаях причинения преступного вреда по небрежности вследствие недостаточности специальных знаний по причине “предшествующего небрежения” и не следует ли в таких ситуациях использовать объективно-усреднённый стандарт “знающего” профессионала.

Обстоятельства, исключающие преступность деяния (речь здесь пойдёт о необходимой обороне и крайней необходимости), содержат целый ряд условий их правомерности, где могут столкнуться субъективно-личностный и объективно-усреднённый стандарты оценки. В частности, действительность посягательства в необходимой обороне и опасности в крайней необходимости и граничащие с ними мнимая и воображаемая оборона (опасность), грани правомерной необходимой обороны и крайней необходимости: во всех этих моментах правоприменитель должен выбирать стандарт оценки.

Что касается мнимой обороны (необходимости), то в данном случае используется объективно-усреднённый стандарт. В соответствии с п.13 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. №14 “О применении

судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств" (ст. 37 УК Украины в целом аналогична этому разъяснению) "в тех случаях, когда обстановка происшествия давала основания полагать, что совершается реальное посягательство, и лицо, применившее средства защиты, не сознавало и не могло сознавать ошибочность своего предположения, его действия следует рассматривать как совершенные в состоянии необходимой обороны. ...Если же лицо причиняет вред, не сознавая мнимости посягательства, но по обстоятельствам дела должно было и могло это сознавать, действия такого лица подлежат квалификации по статьям уголовного кодекса, предусматривающим ответственность за причинение вреда по неосторожности". За словами, внешне напоминающими субъективно-личностный стандарт, на самом деле кроется его противоположность. Это означает, что любой другой человек в положении действующего также оценил бы ситуацию как угрожающую ("...когда обстановка происшествия давала основания полагать, что совершается реальное посягательство..."), и только это даёт основание извинить заблуждение. Аналогично решается вопрос тогда, когда мнимая оборона (необходимость) превращается в воображаемую оборону (необходимость), при которой "защитные действия" имеют место вследствие чрезмерной мнительности и боязливости "обороняющегося". В данном случае правоприменитель также использует объективно-усреднённый стандарт оценки: то, что данный индивид представляет нападением и опасностью, любой другой человек так бы не оценил и, соответственно, действия лица не могут быть извиняемы. Иное решение вопроса, т.е. использование субъективно-личностного стандарта, привело бы к тому, что понятия воображаемой обороны (необходимости) и мнимой обороны (необходимости), квалифицируемой как неосторожное преступление, исчезли из уголовного права, поскольку в представлении лица оно и в том, и в другом случае действует правомерно и не может осознавать ошибочность своего заблуждения, поскольку все его интеллектуально-волевые способности говорят ему о законности его поведения. Нельзя, не совершая насилия над смыслом слов, утверждать, что в данной ситуации лицо, абсолютно уверенное в правомерности своих действий, может, ещё призадумавшись, осознать своё заблуждение. Правоприменитель, оценивая обстоятельства ("...когда обстановка происшествия давала основания полагать, что совершается реальное посягательство..."), решает только вопрос о том, допустил бы иной, "средний" человек ошибку и можно ли извинить её.

Грани необходимой обороны и крайней необходимости также устанавливаются с использованием объективно-усреднённого стандарта. Часть 2 ст. 37 УК РФ (аналогична ч. 3 ст. 36 УК Украины) говорит об умышленных действиях, "явно не соответствующих характеру и опасности посягательства"; ч. 2 ст. 39 УК РФ (аналогична ч. 2 ст. 39 УК Украины) – о причинении вреда, "явно не соответствующего характеру и степени угрожавшей опасности и обстоятельствам, при которых опасность устранялась, когда указанным интересам был причинен вред равный или более значительный, чем предотвращенный". Судебная практика лишь намекает на учёт особенностей личности (т.е. указывает на субъективно-личностный стандарт), когда говорит о том, что "в состоянии душевного волнения,

вызванного посягательством, обороняющийся не всегда может точно взвесить характер опасности и избрать соразмерные средства защиты" (п. 9 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. № 14), однако в целом превышение пределов необходимой обороны и крайней необходимости должно быть оценено с точки зрения усреднённого человека, с учётом всех тех объективных факторов, которые перечислены в п. 8 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. №14. То, что полагает обороняющийся или действующий в состоянии крайней необходимости, в данном случае не имеет значения. Судебная практика говорит об оценке прежде всего объективных обстоятельств нападения при решении вопроса о превышении пределов необходимой обороны, а не о субъективной уверенности в допустимости конкретных защитных действий, и исходит именно из первых при квалификации действий обороняющегося как правомерных или, напротив, преступных [1]. Насколько это согласуется с принципом вины в случае, когда лицо уверено в соразмерности своего ответа, остаётся открытым вопросом.

Обозначенные в настоящей статье примеры не исчерпывают всей проблемы, которая безусловно требует своей дальнейшей проработки.

Литература

1. Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1994. – № 6. – С. 14–15; 1995. – № 6. – С. 7–8; 1996. – № 1. – С. 15–16; 1996. – № 11. – С. 4–6; 1998. – № 1. – С. 8–9; 2003. – № 8. – С. 13–14; 2003. – № 11. – С. 17–18.
2. Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб., 2003. – С.121.
3. Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. Издание седьмое. – СПб., 1908. – С. 260-262.
4. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая. Т.1. – Тула, 2001. – С.483.
5. Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. – М., 1950. – С. 287-296.
6. Шаргородский М.Д. Научный прогресс и уголовное право // Шаргородский М.Д. Избранные работы по уголовному праву / Сост., предисл. Б.В. Волженкина. – СПб., 2003. – С. 391-392.

Анотація

Єсаков Г.А. **Об'єктивні та суб'єктивні стандарти оцінювання у кримінальному праві.** – Стаття.

З метою розв'язання питання про кримінальну відповідальність компетентний суб'єкт встановлює та оцінює поведінку людини та його психічне відношення до подій, що відбуваються з точки зору закріплених стандартів. Однак, у зв'язку з таким психічним відношенням особи особливого значення набувають стандарти оцінки.

Ключові слова: оцінка у кримінальному праві.

Summary

Esakov G.A. **Objective and subjective standards of estimation in criminal law.** – Article.

Aiming to resolve the criminal responsibility invoking question the competent authority determines and evaluates the human behaviour and his psychological relation to the present events based on the formalized standards. However, in respect of this psychological relation of a person, evaluation standards gain specific meaning.

Key words: evaluation standarts in criminal law relations.

УДК 343.237:[341/4+343/2/7(470)]

Л.В. Иногамова-Хегай

ВОПРОСЫ СОУЧАСТИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ И РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Одним из сложных вопросов уголовного права является понятие участия в организованной преступной группе.

В соответствии с Конвенцией ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г. (далее – Конвенция): "организованная преступная группа – это структурно оформленная группа в составе трёх или более лиц, существующая в течение определённого периода времени и действующая согласованно с целью совершения одного или нескольких серьёзных преступлений или преступлений, признанных таковыми в соответствии с настоящей Конвенцией, с тем, чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду"1.

Таким образом, из определения вытекает несколько характерных черт организованной преступной группы.

Организованная преступная группа – это структурно оформленная группа – то есть группа, которая не была случайно образована для немедленного совершения преступления. В этой группе не обязательно формально определены роли её членов, оговорен непрерывный характер членства или создана развитая структура. Основной момент – нестихийное, неслучайное создание данной группы. Этот признак означает, что имеет место подготовительная деятельность преступной группы к преступлению или серии преступлений, их планирование. Рассматриваемый признак призван отличать организованную преступную группу от группы лиц, которая совершает преступление без предварительного сговора, а также от группы лиц по предварительному сговору, но образованной по случаю, группы, члены которой не имеют более или менее устойчивых связей друг с другом. Заметим, что в конвенционном определении структурно оформленной группы сказано: "не обязательно создана развитая структура". Стоит на это обратить внимание, поскольку отсутствие развитой структуры не означает отсутствие структуры хотя бы элементарной. Напротив, такое отрицание вместе с признаком неслучайности создания организованной группы свидетельствует о том, что в организованной преступной группе элементарная структура должна присутствовать. Данный признак характеризует организованную преступную группу качественно, как группу, образованную не по случаю, а группу, осуществляющую предварительную подготовительную деятельность, члены которой хотя и не составляют четкую определённую иерархию, и не обязаны непрерывным пребыванием в этой группе, но имеют, по крайней мере, элементарную структуру, которая обеспечивает приготовление к преступлению.

Кроме того, если обратиться к российскому законодательству, то можно сделать вывод, что рассматриваемая организованная преступная группа может

[1] СЗ РФ. – 2004. – № 40. – Ст. 3882.

© Л.В. Иногамова-Хегай, 2010

существовать как в виде организованной группы, так и в виде преступного сообщества. А преступное сообщество – это уже структурированная организованная группа или объединение организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды.

Количественный признак: в группе должны состоять как минимум три или более лица. Эти лица должны быть непосредственными участниками группы, которые действуют согласованно с целью совершения одного или нескольких серьёзных преступлений. Роли членов группы не обязательно определены. По содержанию выполняемые участниками группы функции могут быть неодинаковыми. Таким образом, налицо может быть фактическое исполнение различных ролей, притом, что эти роли формально участниками группы не были распределены. Здесь же следует отметить, что непрерывный характер членства в группе не обязателен. Одну и ту же функцию могут выполнять разные люди, сменяющие друг друга. При выходе из группы какого-либо члена преступная группа не перестаёт существовать. От смены состава группы суть и назначение организованной преступной группы не изменяются.

Временной признак – группа должна существовать в течение определённого периода времени. Но пределы, каким-либо образом ограничивающие существование преступной группы, в Конвенции не определены. Очевидно, что временной признак должен определяться с учётом других признаков. Необходимо учитывать структурность, совместность, количество участников, цели преступной деятельности, поскольку всё это предполагает растянутость во времени. Подбор участников группы, определение цели и средств к её достижению, вся подготовительная деятельность – на всё это нужно время. При определении временного критерия следует ссылаться на то, что группа не была создана случайно для немедленного совершения преступления.

Согласованность действий – этот признак также можно назвать качественным признаком. Согласованность действий всех участников группы предполагает взаимную осведомлённость всех её участников о преступном характере самой группы и целей её деятельности, предполагает осознание незаконности действий участников.

Цель создания группы – во-первых, совершение одного или нескольких серьёзных преступлений. Серьёзное преступление в соответствии с Конвенцией – это преступление, наказываемое лишением свободы на максимальный срок не менее четырёх лет или более строгой мерой наказания; во-вторых, цель – получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду. Прямое получение прибыли организованной группой предполагает непосредственное получение материальной или финансовой выгоды в результате совершения преступления или серии преступлений, ради которых создавалась организованная группа. Например, вследствие вымогательства или разбойного нападения на граждан или организацию. Косвенное получение прибыли предполагает получение такой прибыли не напрямую, а, например, через какую-либо деятель-

ность, то есть опосредованно. Получение прибыли может в этом случае выходить за рамки состава серьёзного преступления. Организованная группа создаётся ради осуществления незаконной деятельности, в результате которой участники группы получают материальную либо финансовую прибыль. В качестве примера можно привести использование рабского труда.

В соответствии с Конвенцией преступлениями признаются и подлежат криминализации во внутренних законодательствах её стран-участниц следующие деяния: сговор с одним или несколькими лицами относительно совершения серьёзного преступления, преследующего цель, прямо или косвенно связанную с получением финансовой или иной материальной выгоды, причём, если это предусмотрено внутренним законодательством, также предполагается фактическое совершение одним из участников сговора какого-либо действия для реализации этого сговора или причастность организованной преступной группы.

Выше были рассмотрены признаки организованной преступной группы, отмечен её структурный характер и создание такой группы не по случаю. Рассматриваемый же состав преступления можно охарактеризовать как согласованное объединение усилий лиц для совершения конкретного преступления. При этом сговор может быть в виде договорённости лиц о совершении преступления, а может означать группу лиц, в которой не должно быть структуры вообще. В российском уголовном праве такая группа относилась бы к группе лиц по предварительному сговору. Конвенция обязывает стран-участниц признать данное деяние уголовно наказуемым, но при этом, не относя их к покушению на совершение преступления, и независимо от фактического совершения преступного деяния. Описанные действия в соответствии с российским уголовным правом являются приготовлением к преступлению согласно ч. 1 ст. 30 УК РФ. В этой части российское уголовное право частично соответствует Конвенции. Но возникает вопрос относительно формулировки серьёзного преступления. В соответствии с Конвенцией серьёзное преступление должно наказываться лишением свободы на максимальный срок не менее четырёх лет или более строгой мерой наказания. В соответствии же с ч. 2 ст. 30 УК РФ уголовная ответственность наступает только за приготовление к тяжкому либо особо тяжкому преступлению. Следует отметить, что под конвенционное понятие серьёзного преступления могут подпадать также и преступления средней тяжести, к которым относятся и умышленные деяния, за которые максимальное наказание в виде лишения свободы не превышает пяти лет. В этом есть расхождение с конвенционным определением серьёзного преступления, так как приготовление к преступлению средней тяжести (за которое предусматривается лишение свободы от четырёх до пяти лет), не криминализовано в уголовном праве РФ, кроме наличия самостоятельных составов преступлений (например, ч. 1 ст. 150, ч. 1, 2 ст. 151 УК РФ).

Поскольку данное деяние относится к преступлениям международного характера, объектом преступления признаются нормальные отношения по международному сотрудничеству государств[1] в области обеспечения безопасности и правопорядка.

---

[1] См.: Иногамова-Хегай Л.В. Международное уголовное право. – СПб., 2003. – С. 143- 144.

Объективную сторону преступления составляют действия в виде сговора относительно серьёзного преступления, преследующего цели извлечения финансовой или иной материальной выгоды. Следует отметить, что речь не идёт о создании группы как оконченного преступления или какого-либо преступного формирования, а только о договорённости на совершение преступления, например, сговор между пособником и исполнителем или договорённость исполнителей. Вместе с тем должен быть установлен сговор на конкретное преступление с определённой целью.

Также отмечено, если предусмотрено внутренним законодательством – совершение одним из участников сговора какого-либо действия для реализации этого сговора. Здесь вопрос заключается в том, какова будет ответственность каждого соучастника, если один совершил какие-либо действия, а другие только дали своё согласие на участие в преступлении, но ещё не успели ничего сделать, например, при подстрекательстве. Исходя из формулировки конвенционного состава преступления, ответственность одинаково возлагается как на участников, совершивших какие-либо действия для достижения преступного результата, так и на участников, не совершивших подобных действий. В российском уголовном праве подстрекатель появляется только при выполнении потенциальным исполнителем какого-либо приготовительного действия. В противном случае имеется неудавшееся подстрекательство, при котором исполнителя нет, как нет и соучастника-подстрекателя, но при возможном привлечении последнего к уголовной ответственности за приготовление.

Особо следует рассмотреть причастность организованной преступной группы. Участники сговора не должны являться участниками организованной преступной группы. Иначе вменение сговора должно быть исключено. Если участника организованной преступной группы признать также и участником сговора, то произойдёт двойное вменение. Участие в организованной преступной группе детализирует участие в сговоре, и как более полное явление должно перекрывать участие в сговоре. Иными словами, есть соотношение общей нормы и специальной, в котором участие в сговоре представлено нормой, являющейся общей по отношению к специальной норме – участию в организованной преступной группе. Цели создания организованной преступной группы и сговора совпадают. Участник организованной преступной группы будет нести ответственность за участие в деятельности организованной преступной группы и, если уже совершено преступление, то за совершение этого преступления.

Следующее преступление, подлежащее криминализации, сформулировано так:

– деяния какого-либо лица, которое с осознанием либо цели и общей преступной деятельности организованной преступной группы, либо её намерения совершить соответствующие преступления принимает активное участие в:

а) преступной деятельности организованной преступной группы;

б) других видах деятельности организованной группы с осознанием того, что его участие будет содействовать достижению вышеуказанной преступной цели.

Данное деяние с объективной стороны представлено в виде действий лица; пассивное поведение, невоспрепятствование преступной деятельности исключаются. Деяние может быть выражено либо в активном участии в преступной деятельности организованной преступной группы либо в активном участии в других видах деятельности организованной группы. Основная деятельность организованной преступной группы, как уже было рассмотрено выше, направлена на совершение одного или нескольких серьёзных преступлений. Тогда что понимать под термином "другие виды деятельности" организованной преступной группы? Все виды деятельности организованной преступной группы носят незаконный характер уже в силу того, что организованная преступная группа своей целью имеет совершение преступления. И, следовательно, все виды деятельности организованной преступной группы, так или иначе, должны способствовать достижению этой цели. Тогда по какому критерию отграничивать основной вид деятельности от других видов деятельности организованной преступной группы? Можно предположить, что к другим видам деятельности относится всё, что не касается непосредственного исполнения намеченного преступления. Имеются в виду такие виды деятельности, как организационная, обеспечительная деятельность, деятельность по планированию, приисканию средств и орудий совершения преступления, приискание сообщников и т.п. Если обратиться к уголовному праву РФ, то, думаем, основная преступная деятельность организованной преступной группы соответствовала бы функции исполнителя преступления, а остальные виды деятельности организованной преступной группы соответствовали бы выполнению функций организатора, пособника и подстрекателя.

Криминализации в соответствии с Конвенцией подлежат также следующие деяния: "организация, руководство, пособничество, подстрекательство, содействие или дача советов в отношении серьёзного преступления, совершённого при участии организованной преступной группы".

В соответствии с УК РФ к видам соучастников относятся: исполнитель, организатор, подстрекатель, пособник. Преступление, определённое Конвенцией, исключает исполнителя. Все остальные соучастники: организатор, пособник, подстрекатель должны нести одинаковую ответственность, если обращаться к конвенционному составу преступления.

Для вменения данного состава необходимо, чтобы было совершено преступление, в отношении которого происходило руководство, организация, подстрекательство и т.д. Все перечисленные деяния приводят к исполнению преступления. Вся деятельность фокусируется вокруг исполнителя. "Не будет исполнителя – не будет ни пособника, ни подстрекателя... Подстрекать к преступлению можно только исполнителя, оказывать помощь можно тоже только исполнителю. В иных случаях следует говорить о приготовлении к преступлению..."[1]. В конвенционном составе преступления речь идёт об оконченном серьёзном преступлении.

---

[1] Уголовное право Российской Федерации. Общая часть / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. – М., 2008. – С. 258.

Если обратиться к институту соучастия российского уголовного права, то следует отметить, что организация и руководство являются формами деятельности организатора. А функции пособника характеризуют деятельность по содействию преступлению, в том числе и посредством дачи советов.

Если обратиться к лексике русского языка, то формулировка при участии организованной группы означает посредством организованной преступной группы, благодаря её вмешательству[1]. Из этого следует, что лицо, осуществляющее организацию, руководство, пособничество, подстрекательство, содействие или дачу советов в отношении серьёзного преступления, не должно являться участником организованной преступной группы. Участники организованной преступной группы в свою очередь могут выступать как в роли исполнителей преступления, так и в роли организаторов, пособников, подстрекателей. Данный состав преступления, как и все остальные, имеет важное практическое значение. И в первую очередь в решении проблемы борьбы с коррупцией. Если должностное лицо, совершит преступление при участии организованной преступной группы, то должно понести ответственность, в том числе и за причастность к организованной преступной группе.

Ратификация в 2004 г. Российской Федерацией Конвенции против транснациональной организованной преступности 2000 г. повлекла определённые изменения в УК РФ. Федеральным законом от 3 ноября 2009 г. "О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 100 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" ч. 4 ст. 35 УК РФ была изложена в новой редакции: преступление признается совершенным преступным сообществом (преступной организацией), если оно совершено структурированной организованной группой или объединением организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды[2].

В настоящее время такая преступная организация будет при наличии одновременно двух целей ее деятельности: совершения тяжких или особо тяжких преступлений, а также получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды. Указание на вторую цель является проявлением имплементации рассматриваемой Конвенции в российском уголовном праве.

Литература

1. СЗ РФ. – 2004. – № 40. – Ст. 3882.
2. СЗ РФ. – 2009. – № 45. – Ст. 5263.
3. Иногамова-Хегай Л.В. Международное уголовное право. – СПб., 2003. – С. 143 – 144.
4. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. – М., 2008. – С. 258.
5. См.:URL:http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov/article/ushakov/16-3/us375902.htm?text=%D0%BF%D1%80%D0%B8&stpar3=1.1

[1] См.:URL:http://slovari.yandex.ru/dict/ushakov/article/ushakov/16-3/us375902.htm?text=%D0%BF%D1%80%D0%B8&stpar3=1.1

[2] См.: СЗ РФ. – 2009. – № 45. – Ст. 5263.

Анотація

Іногамова-Хегай Л.В. **Питання співучасті у міжнародному та російському кримінальному праві.** – Стаття.

Одним із складних питань кримінального права є поняття участі в організованій злочинній групі. Ратифікація в 2004 р. Російською Федерацією Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. спричинила певні зміни в КК РФ, наслідком чого стало більш чітке визначення злочинної організації.

Ключові слова: злочинна організація.

Summary

Inogamova-Hegay L.V. **Questions of participation in the international and Russian criminal law.** – Article.

Concepts of participation of the organized criminal group are one of complicated questions in the criminal law. In 2004 Ratification of UN Convention against the transnational organized crime of 2000 has defined changes in the criminal code of Russian Federation. Consequence of that, the definition of criminal organization has become more precise.

Key words: criminal organization.

УДК 343.2256342.534.2

Л.А. Остапенко

ІМУНІТЕТ – ПІДСТАВА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЧИ ОСОБЛИВИЙ ПОРЯДОК ПРИТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ?

Імунітет – (англ. immuniti від лат. immunitas – звільнення від чогось) – загальноправовий термін, який означає звільнення певного кола суб'єктів права з-під дії загальних правових норм. У міжнародному праві відомі, зокрема, імунітет держави, імунітет військових кораблів, імунітет дипломатичний, імунітет консульський. У конституційному праві передбачені привілеї певних категорій посадових осіб держави, які полягають у їх недоторканості, а саме: імунітет парламентський (депутатський), імунітет президентський, імунітет суддівський. Фінансовому праву відоме поняття податкового (фінансового) імунітету, тобто звільнення певних категорій платників податків від сплати конкретного його виду (як правило, надається на певний строк).

Перелічені види імунітету не є вичерпними. Так, наприклад у міжнародному праві існують також поняття "імунітети міжнародних організацій", "імунітети Організації Об'єднаних Націй", у кримінальному судочинстві - "імунітет свідка", у господарському – "конкурсний імунітет" тощо.

Отже, коло предметного дослідження терміна "імунітет" є достатньо широким. Однак, питання юридичної природи та значення імунітету у кримінальному праві мають і на сьогодні особливу актуальність, оскільки, по суті, положення ч.ч. 1, 5 ст. 3, ч. 4 ст. 6 КК України детально не регламентують питання кримінальної відповідальності осіб, наділених тим чи іншим видом правового імунітету

© Л.А. Остапенко, 2010

(імунітет дипломатичний (консульський), імунітет парламентський (депутатський), імунітет президентський, імунітет суддівський, імунітет свідка), а повністю відсилають до норм міжнародного права.

У зв'язку з цим виникає проблема розуміння природи правових імунітетів (у тому числі і міжнародних) у національному кримінальному праві, розуміння підстав та меж особливого порядку настання кримінальної відповідальності для осіб, наділених імунітетом у відповідності до положень як чинного законодавства, так і положень норм міжнародного права.

У вітчизняній науці спеціальних досліджень відносно місця та юридичного значення правових імунітетів у кримінальному праві, а також питань універсального розуміння правових імунітетів у сучасному кримінальному праві та дослідження значення правового імунітету для настання кримінальної відповідальності або звільнення від неї не проводилось. Публікації В. Гутника, С. Волкотруба, С. Груздова, О. Комарницької, І. Строкова були присвячені питанням забезпечення імунітету народних депутатів, президента, свідків, меж їх недоторканості, а також особливого порядку притягнення до кримінальної відповідальності зазначеної категорії осіб, тобто досліджувався кримінально-процесуальний аспект правових імунітетів спеціальних суб'єктів.

Метою даної доповіді є обґрунтування юридичного значення правового імунітету та необхідності його закріплення у Кримінальному кодексі України.

Етимологічно поняття "імунітет" (від лат. immunitas (immunitatis) – звільнення від повинності, недоторканність; пільга, несприйняття, звільнення від будь-чого (від дечого) [1]. Поняття імунітету у теорії права не є однозначним. Так, наприклад, І. Колчевський [2], О. Ніколаєв [3], Д. Левін [4] пропонують термін "імунітет" розглядати як непокору юрисдикції держави. Є й інші пропозиції, щодо розуміння кримінально-правового імунітету. О. Кибальник [5], І. Лукашук [6] під кримінально-правовим імунітетом пропонують розуміти сукупність спеціальних прав та привілеїв, наданих особливо визначеним у законі категоріям осіб, та відмінний від загальноприйнятого порядок притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності та звільнення від неї.

Винятки (привілеї) із загального порядку реалізації кримінальної відповідальності традиційно розглядаються як інститут кримінально-процесуального права зміст якого зводиться до особливого порядку порушення кримінальної справи, здійснення процесуального затримання та застосування деяких заходів примусу, а також проведення слідчих дій по відношенню до тих чи інших категорій осіб. Тобто більшість фахівців, які займалися науковими дослідженнями принципу імунітету, заперечують його матеріально-правову природу і пропонують правові імунітети у кримінальній юрисдикції визнавати виключно як інститут процесуального права. Наприклад, В. Гутнік поняття імунітету визначає як норми права, які передбачають звільнення певних суб'єктів від процесуальних обов'язків та особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності і застосування заходів процесуального примусу [7].

І.Б. Колчевський пропонує розмежувати імунітети на процесуальні та матеріальні. Процесуальні імунітети дістають прояв у специфіці прийняття

рішень про порушення кримінальної справи та вчинення процесуальних дій по відношенню до особи, яка наділена імунітетом (у т.ч. звільнення її від арешту та затримання), а також включають особисту недоторканість даної особи, імунітет від юрисдикції тощо. Для матеріального права має значення лише урахування "початково встановленої особистої недоторканості" [8]. Автор наголошує на "первинності" кримінально-правових імунітетів по відношенню до процесуальних імунітетів, аргументуючи своє твердження тим, що "початково встановлена особиста недоторканість суб'єкта є передумовою застосування процесуальних імунітетів при застосуванні кримінального закону" [9].

Пропозиція І.Б. Колчевського, безумовно, заслуговує на увагу, однак вона не є безспірною. Розмежувати імунітети на процесуальні та матеріальні, як самостійні правові інститути, на наш погляд, є неможливим, оскільки кримінальне та кримінально-процесуальне право співвідносяться між собою як зміст і форма. Кримінально-процесуальне право є формою, в якій знаходить своє застосування зміст кримінального права. Водночас, норми кримінально-процесуального права не можуть суперечити нормам кримінального права, оскільки основне їх призначення полягає у сприянні забезпеченню реалізації норм кримінального права. Отже, кримінальне та кримінально-процесуальне право – це тандем правових норм. Якби не було кримінального права, кримінально-процесуальне право було б безпредметним. Відсутність кримінально-процесуального права позбавило б кримінальне право тієї необхідної процесуальної форми, в якій воно лише і може зберегти якості права, не перетворюючись на свавілля [10].

У чому полягає відмінність між "початково встановленою особистою недоторканістю" як матеріально-правовою категорією та "особистою недоторканістю" у процесуальному розумінні – І.Б. Колчевський не розкриває, а довільне тлумачення зазначених понять може призвести до висновку, протилежному авторському.

Імунітет, як виняток із загальних правил дії кримінального закону, не декриміналізує діяння, тобто злочин продовжує залишатися злочином. А особливості настання кримінальної відповідальності полягають у наявності тих чи інших, встановлених у законодавстві "перепон", "привілеїв". У кримінально-правовому розумінні імунітет являє собою особливий порядок настання кримінальної відповідальності для певного кола осіб по відношенню до яких діють особливі "правила" притягнення до кримінальної відповідальності. Конституційний Суд України у своєму Рішенні щодо офіційного тлумачення положень ч.3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість) встановив, що кримінальна відповідальність передбачає офіційну оцінку відповідними державними органами поведінки особи як злочинної. Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого Кримінальним кодексом (далі – КК) України (ч. 1 ст. 2 КК України 2001 року). Сутність кримінального процесу полягає у виявленні (встановленні) та правильному закріпленні матеріальних правовідносин відповідальності, тобто процесуальна форма не утворює підстав самостійної юридичної відповідальності і не є стадією кримінальної відповідальності [11].

Як правило, усі вимоги, щодо кримінальної відповідальності містяться у Кримінальному кодексі: підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК (ч. 1 ст. 2 КК України), злочинність та караність діяння визначаються лише у КК (ч. 3 ст. 3 КК України).

Однак, вирішення питання про кримінальну відповідальність пов'язане не лише з КК України, але й з іншими джерелами, зокрема, міжнародно-правовими актами, які в силу ч. 1 ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства. Крім того, існує ще декілька законів, у яких, поряд з іншими, містяться, зокрема, й такі положення, у яких обумовлюється особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності певної категорії осіб. Так, принцип недоторканності (імунітету) народних депутатів України, Президента України, судді гарантований у ст.ст. 80, 105, 126 Конституції України та закріплений у ст. 27 Закону України "Про статус народного депутата", ст. 15 Закону України "Про судоустрій", ст. 11, 13 Закону України "Про статус суддів" та іншими законами.

Таким чином, і на законодавчому рівні, і в теорії визнається існування "відсилки" – тобто безпосереднього (без наведення у тексті КК) посилання на дію норми (норм), яка (які) мають кримінально-правове значення. Ситуація з правовим імунітетом (у тому числі і міжнародно-правовим) у кримінальному праві носить саме такий характер – адже ні перелік осіб, наділених імунітетом в силу міжнародного або національного (конституційного) права, ні межі такого імунітету не визначені у кримінальному законі.

Отже, труднощі у сприйнятті кримінально-правових імунітетів, як матеріальних підстав, полягають у тому, що юридичний статус осіб по відношенню до яких діють "особливі правила" кримінальної відповідальності регламентуються не виключно кримінальним законодавством, а й іншими галузями права.

Буквальне тлумачення кримінального закону свідчить про те, що кримінально-правові питання про відповідальність осіб, наділених правовим імунітетом, вирішуються поза межами КК. Цей факт є безспірним. Оскільки питання про галузеву належність інституту правових імунітетів не знаходить однозначного рішення серед науковців, то прихильниками теорії, щодо його процесуальної належності, такий висновок може сприйнятися аксіоматично. Однак, чинний Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК) України також не дає відповіді на питання про матеріально-правові підстави настання кримінальної відповідальності, щодо певної категорії осіб (спеціальних суб'єктів). Чому ? Тому, що до предмета саме кримінально-правового регулювання відноситься визначення підстав та меж кримінальної відповідальності, а також підстав звільнення від кримінальної відповідальності. А порядок настання кримінальної відповідальності є кримінально-процесуальною категорією, оскільки його правовий зміст полягає у впорядкованій діяльності по реалізації вимог матеріального права. Саме діяльність, так як кримінальна відповідальність не може наставати об'єктивно, незалежно від свідомості та волі людей, тому більш коректним, гадається, є поняття "порядок притяг-

нення до кримінальної відповідальності", а не "порядок настання кримінальної відповідальності".

Правові імунітети іноді ототожнюють із звільненням від кримінальної відповідальності. Так, О.Г. Кибальник [12] та І.О. Єлізарова [13] пропонують наявність імунітету вважати нереабілітуючою підставою звільнення від кримінальної відповідальності.

Г.Б. Віттенберг вважає дипломатичний імунітет видом звільнення від кримінальної відповідальності [14]. Аналогічної думки дотримується І.Б. Колчевський [15].

Нерозповсюдження загальних підстав притягнення до кримінальної відповідальності на певні категорії осіб, наділених відповідно до міжнародного або національного законодавства імунітетом, має безпосереднє кримінально-правове значення, оскільки є особливою умовою притягнення до кримінальної відповідальності.

Безспірним є той факт, що юридична природа кримінально-правових імунітетів вимагає їх законодавчого закріплення у нормах кримінального права.

Отже, на підставі аналізу понять "кримінальна відповідальність" у матеріальному та процесуальному розуміннях, співвідношення понять "кримінальна відповідальність", "підстава кримінальної відповідальності" та "правові підстави звільнення від кримінальної відповідальності" можна зробити висновок, що особливий порядок настання кримінальної відповідальності або особливий порядок звільнення від кримінальної відповідальності, в залежності від юридичного статусу особи, носить матеріальний характер.

Будь-які процесуальні правовідносини (процесуальні дії) є похідними від кримінально-правових (матеріальних) правовідносин, оскільки їх кінцевою метою є законна реалізація кримінальної відповідальності згідно настанов кримінально-матеріального права. Тому особливий порядок настання кримінальної відповідальності, при наявності імунітету, первісно носить кримінально-матеріальний характер.

Література

1. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: "Укр. енцикл.", 1998. Т. 2: Д–Й. – 1999. – С. 668; Словарь иностранных слов и выражений / Авт.-сост. Е.С. Зеленович. – М.: 2002. – С. 230.
2. Колчевский И.Б. Действие уголовного закона по кругу лиц // Дис. канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 111.
3. Николаев А. Дипломатические привилегии и иммунитеты // Международная жизнь. – 1983. – № 8. – С. 152.
4. Левин Д.Б. Международное право, внешняя политика и дипломатия. – М., 1981. – С. 129
5. Кибальник А.Г. Иммунитеты в уголовном праве. – Ставрополь, 1999;
6. Лукашук И. Иммунитет в отношении уголовной юрисдикции // Российская юстиция. – 1998. – С. 4.
7. Гутник В. Деякі пропозиції щодо вдосконалення імунітету Президента України // Журнал "Юстиніан". – 2007. – № 3.
8. Колчевский И.Б. Действие уголовного закона по кругу лиц. // Дис.канд.юр.наук. – М., 2001. – С. 108.
9. Колчевский И.Б. Действие уголовного закона по кругу лиц. // Дис.канд.юр.наук. – М., 2001. – С. 109.

10. Бажанов М.І. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец.вищ.закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Київ – Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. – С. 16-17.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість) 27 жовтня 1999 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 1999. – № 3. – С. 7-13.
12. Кибальник А.Г. Иммунитет в уголовном праве. Дисс.канд.юрид.наук. – М., 1999. – С.18.
13. Єлизарова И.А. Международно-правовые иммунитеты в уголовном праве. Дисс.канд.юрид.наук. – Ставрополь, 2004. – С. 138-140.
14. Виттенберг Г.Б. Вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания с применением мер общественного воздействия. Ч. 1. – Иркутск, 1970. – С. 18
15. Колчевский И.Б. Действие уголовного закона по кругу лиц. // Дис. канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 107.

Анотація

Остапенко Л.А. **Імунітет – підстава звільнення від кримінальної відповідальності чи особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності?** – Стаття.

Досліджено проблему розуміння природи правових імунітетів (у тому числі і міжнародних) у національному кримінальному праві, розуміння підстав та меж особливого порядку настання кримінальної відповідальності для осіб, наділених імунітетом у відповідності до положень як чинного законодавства, так і положень норм міжнародного права.

Ключові слова: імунітет у кримінальному праві.

Summary

Ostapenko L.A. **Is immunity a foundation of release from criminal responsibility or special order of bringing in to criminal responsibility?** – Article.

The problem of understanding the nature of the legal immunities (including the International ones) in the national Criminal Law, the backgrounds and boundaries of a special order of criminal liability attachment to persons having immunity in accordance with both the provisions of the current legislation and the norms of International law has been researched.

Key words: immunities, criminal law.

УДК 343.24

Ю.Ю. Коломиец

НАКАЗАНИЕ В КРУГОВОРОТЕ ФОРМ ПРАВЛЕНИЯ

Оказавшись в условиях экономического, политического и правового кризиса, волей неволей начинаешь вспоминать высказывания великих философов о круговороте форм правления и роли наказания как меры государственного принуждения способной удержать от совершения преступлений, в том числе преступлений против государственной власти и конституционного устройства.

© Ю.Ю. Коломиец, 2010

Платон, Аристотель, Полибий, Цицерон и другие философы эпохи Античности, выделяя различные формы правления в государстве, писали о том, что каждая из них поочередно сменяет другую из-за неизбежной порчи человеческой натуры.

Моральное разложение правящей элиты приводит к беззаконию и произволу. В конечном итоге отсутствие законоуважения значительно понижает эффективность наказания.

Перед нами стоит задача выяснить, как это происходило и происходит в нашем государстве.

Из истории политических и правовых учений известна такая форма правления как охлократия, при которой "водворяется господство силы, а собирающаяся вокруг вождя толпа совершает убийства, изгнания, переделы земли, пока не одичает и снова не обретет для себя властителя и самодержавца" [1, с. 69].

Охлократия возникла в нашем государстве после октябрьской революции 1917 года. Воодушевленная ленинскими идеями толпа полностью уничтожила дворянство, мелкую буржуазию и иные зажиточные слои населения, присвоила помещичье имущество, изменила форму собственности на средства производства. При этом массовые расстрелы не были наказанием, они являлись формой расправы над теми, кто был неугоден новой власти. Так, В.И. Ленин, обращаясь к народу, писал: "Мы должны сказать, что должны погибнуть либо те, кто хотел погубить нас, и о ком мы считаем, что он должен погибнуть, – и тогда останется жить наша Советская республика, – либо наоборот, останутся жить капиталисты и погибнет республика. В стране, которая обнищала, либо погибнут те, которые не могут подтянуться, либо вся рабоче-крестьянская республика" [2, с. 166].

Уголовно-правовые нормы того периода имели социально-классовую сущность и были направлены на борьбу с преступностью, в условиях перехода от капитализма к социализму. Задачей уголовного права являлась охрана государства рабочих, крестьян, солдат.

С 1922 года (с момента создания Союза Советский Социалистических Республик) и до 1927 года (до прихода к власти И.В. Сталина) В.И. Ленин пытался установить в государстве авторитарный режим управления. Античные философы такую форму правления называли аристократией, что означало правление лучших для "общего блага".

Тремя главными врагами, которые стояли перед человеком в тот период времени, ВИ. Ленин считал: коммунистическое чванство (вера в то, что все задачи можно решить коммунистическим декретированием); безграмотность (пока такое явление есть в стране, говорить о политике нельзя, без этого есть только слухи, сплетни, сказки, предрассудки, но не политика); взятка (при таком явлении как взятка, нет даже подступа к политике, потому что все меры останутся висеть в воздухе и не приведут ровно ни к каким результатам).

В этой связи он надеялся, что коммунисты, которые примазались к партии и которые не только не умеют бороться с волокитою и взяткой, но и мешают с ними бороться, будут исключены из партии [2, с. 171-173].

Путем воспитания, обучения, повышения культурного уровня народных масс В.И. Ленин хотел сохранить установленный государственный строй и вызвать уважение к законам новой власти.

Именно в этот период в уголовном праве произошла замена понятия “наказания” выражением “меры социальной защиты”.

Как справедливо заметили А.Я. Эстрин [3, с. 9], Н.В. Крыленко [4, с. 65], и А.А. Пионтковский [5, с. 21-22], отказ от понятия “наказания” был не случайным и означал разрыв с “буржуазным” правом, основанным на теории возмездия. Об этом также говорил в своем докладе об УК РСФСР на IV съезде деятелей советской юстиции Н.А. Черлюнчакевич: “Самое наказание в нашей концепции, в нашей структуре является лишь средством обороны, защиты общества, или, иначе выражаясь, социальной защиты [6, с. 15]”.

Уголовное право и само коммунистическое общество еще находились на стадии становления, система мер государственного принуждения еще не была хорошо разработана, отсутствовал надлежащий механизм их применения на практике. Предупредительное значение наказания и иных мер уголовно-правового воздействия была сведена к минимуму, поэтому к ответственности привлекали не только за совершение преступлений, но и за связь с преступной средой.

После смерти В.И. Ленина, с приходом к власти И.В. Сталина государство от авторитарного режима перешло к тоталитарному, а словами античных философов к тирании. Уголовное право стало использоваться как орудие массовых репрессий в отношении противников режима личной власти И.В. Сталина. Перестали соблюдаться такие принципы как законность, гуманизм, справедливость, принципы личной и виновной ответственности. Вместо них широко стал применяться принцип неотвратимости наказания, довольно распространенный в эпоху Средневековья. Доносы и шпионаж должны были придать коммунистической партии роль вездесущего Бога. Считалось, что именно страх перед наказанием способен удержать людей от противоправных деяний.

В управлении государством И.В. Сталиным была допущена грубейшая ошибка, которая в последствии отразилась на авторитете коммунистической партии.

В учении Аристотеля о государственных переворотах, их причинах, механизмах и мерах профилактики одним из самых главных средств, способствующих сохранению государственного строя, считалось “воспитание в духе соответствующего государственного строя”. “Никакой пользы не принесут самые полезные законы, если граждане не будут приучены к государственному порядку и в духе его воспитаны”, – писал философ [7, с. 13].

Как было сказано выше, И.В. Сталин заботился не столько о сохранении государственного строя, сколько о сохранении своей власти, и ему это удалось. Только после его смерти культ личности Сталина был развенчан.

На XX съезде КПСС, состоявшемся в 1956 году, беззакония сталинщины оценили как преступления против партии, государства, общества.

Сразу после XX съезда партии началась работа по подготовке нового уголовного законодательства, ориентированного на соблюдение принципа законности, углубления демократизма, расширения гуманизма и справедливости.

Согласно ст. 3 Конституции СССР организация и деятельность Советского государства строились в соответствии с принципами демократического централизма: выборностью всех органов государственной власти снизу доверху, подотчетностью их народу, обязательностью решений вышестоящих органов для нижестоящих.

Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяла генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР.

До 1985 года (до начала перестройки) в государстве существовала более или менее эффективная система мер уголовно-правового воздействия, основанная на принципе неотвратимости ответственности, экономии и целенаправленности мер репрессии.

Следует также заметить, что высшей фазой коммунистического общества В.И. Ленин считал народное самоуправление при отсутствии государства в собственном смысле этого слова.

“Ибо когда все научатся управлять и будут на самом деле управлять самостоятельно общественным производством, самостоятельно осуществлять учет и контроль тунеядцев, баричей, мошенников и тому подобных “хранителей традиций капитализма”, – тогда уклонение от этого всенародного учета и контроля неизбежно сделается таким неимоверно трудным, таким редчайшим исключением, будет сопровождаться, вероятно, таким быстрым и серьезным наказанием (ибо вооруженные рабочие – люди практической жизни, а не сентиментальные интеллигентики, и шутить они с собой едва ли позволят), что необходимость соблюдать несложные, основные правила всякого человеческого общежития очень скоро станет привычкой”, – писал В.И. Ленин [8, с. 102].

Идея о полном отмирании государства оказалась утопией. К высшей фазе коммунистического общества мы так и не пришли.

Перестройка, начатая частью руководства КПСС во главе с М.С. Горбачевым, привела к значительным переменам в жизни страны и мира в целом. В результате противоречивости и непоследовательности в осуществлении перестройки произошло обострение кризиса во всех сферах жизни общества. Как принято считать во многих учебниках по истории именно это привело к мирному свержению советской системы и реставрации капитализма.

Однако, так называемое мирное свержение советской системы исходило не от народа, а от самих руководителей Коммунистической партии, движимых не интересами народа и всеобщего блага, а своими собственными интересами.

Верховная Рада Украины в 1996 году от имени Украинского народа, стремясь к развитию и укреплению демократического, социального, правового государства, приняла Конституцию.

Однако вместо правовой демократии возникла и укрепилась “преступная демократия”, основанная на беспринципности и использовании преступных

средств в политике, лицемерии и цинизме в государственной деятельности, нигилизме в идеологии, страхе перед будущим.

На первом этапе перехода от социализма к капитализму ученые писали: “В современных условиях важно изменить привычные представления о правовом регулировании как сугубо ограничивающем. <...> Правовой режим стимулирования создает больше возможностей для “требуемого хаоса”, который нужен в целях постоянной адаптации к изменившимся, условиям среды, порождения нововведений в социальных связях, без чего гражданское общество, как самоуправляющийся организм немыслимо” [9, с. 745].

На современном этапе развития государства и общества с полной уверенностью можно говорить, что хаос установился во всех сферах правового регулирования (в том числе и в уголовном праве). Ученые вынуждены констатировать неутешительные факты. Так, В. Навроцкий в 2009 году в своем докладе на очередном представительском научном форуме криминалистов, который проходил во Львовском государственном университете внутренних дел, обратил внимание на то, что произошла инфляция уголовного права в обыденном сознании. Предупреждение о возможности применения статей УК является слабой сдерживающей мерой для потенциального правонарушителя, сообщение о возбуждении уголовного дела уже не вызывает трепета у обывателя [10, с. 6].

В этом же году В.Н. Дремин, выступая с докладом на Международной научной конференции профессорско-преподавательского и аспирантского состава, заметил, что преступность развивается и укрепляется там и тогда, где присутствует хаос в общественной жизни при отсутствии политической воли с ним бороться [11, с. 604].

Таким образом, идея о том, что “требуемый хаос” может привести к созданию гражданского общества, как самоуправлющегося организма, оказалась очередной утопией. При этом ее негативные последствия куда более ощутимее, по сравнению с правовым режимом ограничений, основанном на всеобщем повиновении.

По словам В.Н. Дремина, “хаотическое “реформирование” советского общества привело в начале девяностых годов к разрушению его институциональных основ, обеспечивающих экономическое, политическое и правовое развитие. Сегодняшнее “транзитивное” состояние украинского общества, затянувшееся вот уже почти на два десятилетия, привело к разрыву системы устоявшихся и жизненно важных ценностей, способствовало окончательному распаду государственных и общественных институтов” [11, с. 603].

Государство перестало работать как единый хорошо слаженный механизм, главным образом по причине отсутствия объединяющей идеологии.

На протяжении всего периода существования Советского Союза руководители коммунистической партии менялись неоднократно, при этом государство оставалось единым и нерушимым. Людей объединяла вера в непогрешимость вождя революции и стремление к “светлому будущему”, которые возникли в результате внедрения марксистско-ленинской идеологии через все сферы жизнедеятельности людей (политику, право, мораль и нравственность, науку, философию).

Вместо того, чтобы эволюционировать, взять самое лучшее из существовавшей системы и перейти на новый уровень, мы стали упиваться свободой.

Конституционная норма, согласно которой человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью, оказалась всего лишь декларацией.

Интересными в этой связи являются рассуждения Ю. Никитина и А. Григорьева. Современная экономическая модель, – по мнению ученых, – создает тип характера, ориентированный на рыночные отношения. Личность начинает сознавать себя как "спрос", который может быть "желанный". Чтобы продать себя дороже, необходимо выучить спрос и для достижения успеха продавать и перепродавать себя исходя из изменчивости такого спроса. Такое постоянное "переходное положение", неподвластно человеку, порождает неуверенность в завтрашнем дне. Любая неудача вызывает снижение уровня самооценки своего "Я", самоуважения, а как результат – чувство беспомощности, неполноценности, неадекватности "среде существования". Зависимость от спроса порождает зависимость от мнения других людей (конформизм), от ролей, которые им приписывают и навязывают, ролевых ожиданий. Теряется человеческая индивидуальность как свойство человеческой неповторимости. Человеческим отношениям становится характерен прагматизм, который порождает безразличие к чувствам, и граничит с поверхностным отношением к личности. Стойкие черты характера не формируются, так как могут вступить в конфликт с изменчивыми требованиями, которые предъявляет рынок, и породить личностный конфликт, который нарушит и без того слабое равновесие [12].

Жажда наживы настолько проникла во все сферы жизни людей, что даже религия превратилась в своеобразную форму ведения бизнеса.

Не стало исключением и уголовное право. Как правильно заметил В. Навроцкий: "В целом можно констатировать, что правоохранительная деятельность и правосудие в уголовных делах не столько осуществляется, сколько имитируется, все чаще приходится слышать мысль, что уголовный закон становится не столько инструментом государства в борьбе с преступностью, сколько средством личного обогащения, решения бизнесовых, политических и других конфликтов" [10, с. 6].

Очевидное бездействие правоохранительных органов по защите прав, свобод и законных интересов граждан, а также безнаказанность преступлений может привести к нежелательным последствиям как для общества, так и для государства.

Как известно, государство связано со своими поданными взаимными правами и обязанностями. Граждане обязаны платить налоги и соблюдать законы, государство обязано обеспечивать надлежащий уровень жизни людей и создавать безопасные условия для их проживания, а в случае совершения преступлений преследовать и наказывать преступников.

Государство, которое не справляется со своими обязанностями, теряет поддержку своих граждан, становится слабым и недееспособным. Это неизбежно приведет к одному из двух вариантов:

1) возмущенные люди, уставшие своими силами осуществлять правосудие, найдут своего лидера и свергнут существующую форму правления;

2) если лидер, способный повести за собой людей, не будет найден, слабое государство станет легкой добычей соседних государств.

Для того, чтобы такие последствия не наступили необходимо: 1) разработать и внедрить идеологию, способную объединить людей вокруг общей идеи; 2) предъявлять определенные требования к государственным деятелям, а в случае их несоответствия установленным требованиям не допускать к власти.

В этой связи уместными являются слова Цицерона о том, что лицо, ведающее делами государства, должно быть мудрым, справедливым, воздержанным и красноречивым. Оно должно, кроме того, быть сведущим в учениях о государстве и "владеть основами права, без знания которых никто не может быть справедлив". Мудрый государственный деятель, согласно Цицерону, должен видеть и предугадывать пути и повороты в делах государства, чтобы воспрепятствовать неблагоприятному ходу событий (смене форм правления в пагубную сторону, отклонению от общего блага и справедливости) и всячески содействовать прочности и долговечности государства как "общего правопорядка" [1, с. 83].

На основании изложенного, относительно роли наказания в круговороте форм правления можно сделать следующие выводы:

1) чрезмерное ужесточение и безосновательное применение наказаний подрывает авторитет лидеров государства;

2) безнаказанность преступлений может привести к гибели государства.

Литература

1. История политических и правовых учений. Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА.М, 1999. – 736 с.
2. Ленин В.И. Полное собрание сочинений. – М.: Изд-во политической литературы, 1964. – Т. 44. – 725 с.
3. Эстрин А.Я. Уголовное право СССР и РСФСР. – М.: Юриздат, 1927. – 71 с.
4. Крыленко Н.В. Суд и право в СССР. – М.–Л.: ГИЗ, 1927. – 164 с.
5. Курс советского уголовного права, в 6-ти т. / Под ред. А.А. Пионтковского, П.С. Ромашкина, В.М. Чхиквадзе. – М.: "Наука", 1970. – Т. 3. – 350 с.
6. Материалы НКЮ. – 1922. – Выпуск 16–17. – С. 15.
7. Иншаков С.М. Зарубежная криминология. – М.: Издательская группа ИНФРА.М-НОРМА, 1997. – 383 с.
8. Ленин В.И. Полное собрание сочинений. – М.: Госполитиздат, 1962. – Т. 33. – 433 с.
9. Теория государства иправа: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2000. – 776 с.
10. Навроцький В. Чи перебуває українське кримінальне право в стані кризи? // Юридичний вісник України. – 12–18 вересня 2009. – № 37(741). – С. 6.
11. Дремин В.Н. Криминогенность транзитивных обществ (криминологические последствия распада СССР) // Правове життя сучасної України: Тези доповідей Міжнародної конференції професорсько-викладацького і аспірантського складу / Відп. ред. д-р юрид. наук проф. Ю.М. Оборотов // Одеська національна юридична академія. – О.: Фенікс, 2009. – С. 603-604.
12. Нікітін Ю., Григор'єва О. Інструментальна кримінальна агресія та її попередження щодо злочинів проти основ національної безпеки держави. – Науковий вісник. – 2004. – № 5 (27). http://www. asta. edu. ua/vidan/1(27)/Pravo/.

Анотація

Коломієць Ю.Ю. **Покарання у кругообігу форм правління.** – Стаття.

Відсутність законоповаги значно знижує ефективність покарання. Держава, яка не справляється зі своїми обов'язками, втрачає підтримку своїх громадян, стає слабким і недієздатним. Надмірне посилення і безпідставне застосування покарань підриває авторитет лідерів держави, а безкарність злочинів може призвести до загибелі держави.

Ключові слова: покарання, примус.

Summary

Kolomiets Y.Y. **Punishment in a rotation of forms of governing.** – Article.

Absence of respect towards law substantially decreases effectiveness of a punishment. The state, what fails its duties looses support of its citizen, and becomes weak and unable. Unreasonable strengthening of criminal repression destroys states leaders' reputation, unpunished crime affects perishing of a state.

Key words: sentence, abuse of power.

УДК 343.18

Т.Г. Понятовская

УГОЛОВНО-ПОЛИТИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ ПРИ НАЗНАЧЕНИИ НАКАЗАНИЯ

С того момента, как в обществе зародился интерес к праву, вопрос о роли судейского усмотрения был и остается одним из важных вопросов правовой (в том числе, уголовно-правовой) идеологии. В зависимости от целей, задач и функций уголовного права роль судейского усмотрения менялась в весьма широком диапазоне значений: от судейского произвола (следовательно – произвола власти) до фактора правовой культуры.

Этим обусловлено появление полярных взглядов на перспективы дальнейшего его существования в уголовном праве. Некоторые ученые последовательно выступали за сужение пределов судейского усмотрения, видя в этом укрепление законности [1, с. 101; 6, с. 138; 8, с. 44]. Другие юристы отмечали неизбежность судейского усмотрения при применении правовых норм. "Где есть право, – пишет председатель Верховного Суда Израиля Аарон Барак, – там и будет судейское усмотрение. История права есть также история расширения или сужения судейского усмотрения в различные времена и при различных обстоятельствах" [2, с. 352-353].

Думается, что судейское усмотрение при применении уголовно-правовых норм должно существовать в ограниченных пределах. Проблема их ограничения сводится к поиску оптимального соотношения связанности правоприменителя жесткими рамками, установленными в законе, со свободой его оценок и выбора мер уголовно-правового характера. Чрезмерное расширение пределов судейского усмотрения поставило бы под сомнение возможность реализации принципа

© Т.Г. Понятовская, 2010

законности, а при полном исключении оценочной деятельности правоприменителя оказалась бы невозможной реализация принципов справедливости и гуманизма. Поэтому в правоприменительной деятельности необходимо найти разумный компромисс между формальной определенностью права и оценочной деятельностью суда.

Пределы судейского усмотрения при установлении основания привлечения к уголовной ответственности и при квалификации преступления достаточно ограничены, хотя и оставляют место для оценочной деятельности. Весьма важной представляется задача ограничить рамки судейского усмотрения при назначении подсудимому наказания. Особенно это актуально в отношении тяжких и особо тяжких преступлений, за которые законом установлены санкции с весьма большим интервалом между нижней и верхней границами наказания в виде лишения свободы. Например, за убийство без отягчающих обстоятельств (ч. 1 ст. 105 УК РФ) этот интервал составляет 9 лет, за терроризм при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 205 УК РФ) – 10 лет, а за убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 105 УК РФ), за похищение человека при особо отягчающих обстоятельствах (ч. 3 ст. 126 УК РФ) и за захват заложника при особо отягчающих обстоятельствах (ч. 3 ст. 206 УК РФ) – даже 12 лет.

Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. в санкциях статей УК РФ о преступлениях средней тяжести были сняты нижние границы наказания в виде лишения свободы. Благодаря этому суд получил возможность назначать этот вид наказания в пределах от 2 месяцев до пяти лет. Вряд ли столь широкие рамки судейского усмотрения можно признать обоснованными.

Трудно дать положительную оценку и такому законодательному решению, которое позволяет суду назначить 5 лет лишения свободы, например, за торговлю людьми без отягчающих обстоятельств (санкция ч. 1 ст. 127^1 УК РФ – до 5 лет), в то время как за то же преступление, но совершенное при отягчающих обстоятельствах, суд вправе ограничиться наказанием в виде 3 лет лишения свободы (санкция ч. 2 ст. 127^1 УК РФ – от 3 до 10 лет). В этом также проявляется необоснованное расширение рамок судейского усмотрения.

Законодательной основой для предоставления суду неоправданно широких пределов усмотрения при назначении наказания служит ч. 3 ст. 60 УК РФ, требующая учитывать не только характер и степень общественной опасности совершенного преступления, но также личность виновного, обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи.

В рамках учета личности суды принимают во внимание самые различные социальные характеристики подсудимого, в том числе и неоднократность преступлений, а порой – снятые или погашенные судимости за предыдущие преступления. Даже при отсутствии в приговоре ссылок на эти обстоятельства они, как показывают результаты опроса судей, оказывают заметное влияние на определение размера наказания, хотя закон не признает указанные обстоятельства отягчающими.

Российским законом установлены формальные рамки только для учета обстоятельств, предусмотренных пунктами “и” и “к” ч. 1 ст. 61 УК РФ (деятельное раскаяние, при котором наказание не может превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого наказания, предусмотренного за данное преступление) и п. “а” ч. 1 ст. 63 УК РФ (рецидив преступлений, при котором наказание не может быть менее одной третьей части максимального срока наиболее строго наказания, предусмотренного за совершенное преступление). Мера влияния остальных смягчающих и отягчающих обстоятельств на определение судом размера наказания в законе никоим образом не обозначена. Не установлено в законе никаких критериев, позволяющих признать то или иное смягчающее обстоятельство (либо их сочетание) исключительным, позволяющим в соответствии со ст. 64 УК РФ применить чрезвычайное смягчение наказания. Некоторыми российскими учеными обосновывается идея о необходимости установления в законе формально определенных правил учета смягчающих и отягчающих обстоятельств [3; 7].

Более конкретно эта идея формулируется украинской ученой Т.И. Иванюк, которая предложила на законодательном уровне закрепить оценку в баллах обстоятельств, смягчающих наказание, предусмотренные ч. 1 ст. 66 УК Украины, в условно принятой системе баллов от 1 до 5, а на этапе назначения наказания судом учитывать сумму баллов всех установленных по делу обстоятельств и смягчать на определенный процент среднюю величину наказания между минимумом и максимумом, установленными санкцией [5, с. 4].

Думается, что пределы судейского усмотрения при назначении наказания следует сделать более узкими посредством формализации обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание. Такая необходимость диктуется следующими соображениями.

Во-первых, из соображений уголовно-правовой политики в различных субъектах Российской Федерации нередко складывается совершенно разная карательная практика при рассмотрении уголовных дел о преступлениях одного и того же вида. Например, в Смоленской области за получение взятки при особо отягчающих обстоятельствах (ч. 4 ст. 290 УК РФ) назначается в среднем 8 лет лишения свободы, а в Московской области – 3 года лишения свободы. Тем самым нарушается конституционный принцип равенства всех перед законом и судом.

Во-вторых, имеющие место проявления коррупции в системе правосудия по уголовным делам связаны как раз с назначением необоснованно мягких наказаний за тяжкие и даже особо тяжкие преступления, даже если назначенное наказание формально не выходят за рамки установленного законом минимума наказания.

В-третьих, в некоторых случаях общие начала назначения наказания, закрепленные в ст. 60 УК РФ, в том числе принципы справедливости и индивидуализации наказания, не соблюдаются из недостаточной профессиональной компетентности судей.

Приведенные аргументы подтверждают необходимость ограничения судейского усмотрения и выработки максимально единообразной карательной

политики посредством квантификации (выражения качественных характеристик количественными показателями) обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание. Такая законодательная практика уже имела место в истории российского уголовного права [9, с. 44].

Другим важным аспектом исследования уголовно-политического значения судейского усмотрения является взгляд на него как на определенную уголовно-политическую функцию в разрезе дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности.

Дифференциация ответственности – объективное выражение негативного социального значения того социального явления, которое положено в ее основание.

Например, если рассматривать рецидив как социальное явление, требующее неотвратимой уголовно-правовой реакции в соответствии с задачами уголовного закона, то решение вопросов ответственности при рецидиве преступлений – дело не суда (в каждом конкретном случае назначения наказания), а уголовного закона. При такой уголовной политике степень социальной деформации личности преступника в каждом конкретном случае назначения наказания не должна иметь существенного значения, так как количество судимостей, характер и степень общественной опасности преступлений используются самим законодателем как объективированные признаки дифференциации ответственности (реакции на рецидив как негативное социальное явление).

Индивидуализация уголовной ответственности – позитивная уголовно-политическая функция судейского усмотрения. Более того – она присуща только судейскому усмотрению.

В правилах назначения наказания при рецидиве преступлений, ориентированных на судейское усмотрение, повторность преступлений, соединенная с осуждением, не имеет собственного социального значения, а рассматривается как феномен преступной деятельности в каждом конкретном ее проявлении, взятом в отдельности случае. От судейского усмотрения здесь зависит оценка социальной опасности личности лица, виновного в совершении преступления, вероятности совершения им нового преступления, а также его способности к исправлению. При этом, конечно, имеет значение количество судимостей, степень и характер общественной опасности образующих рецидив преступлений, периоды времени между судимостями – все те характеризующие фактическую сторону рецидива обстоятельства, которые позволяют судить о том, насколько деформирована в социальном отношении личность и какой должна быть содержательная сторона уголовно-правовой реакции на последнее из совершенных преступлений.

При отнесении рецидива к числу обстоятельств, отягчающих наказание, государство оставляет решение юридического дела на усмотрение суда. Суд может не признать рецидив таким обстоятельством, которое в конкретном случае обладает свойством существенно повышать степень общественной опасности преступления (или лица, его совершившего). Достаточно обратиться к положениям ч. 3 ст. 68 УК РФ (и ч. 2 ст. 67 Украины).

В свете этих рассуждений приходится признать, что в тех случаях, когда мы выступаем за ограничение или расширение судейского усмотрения, мы вклиниваемся в ту область уголовной политики, которая ответственна за взвешенный баланс и распределение функций индивидуализации и дифференциации уголовной ответственности. Изменять этот баланс (а иногда – достигнутое равновесие) допустимо лишь при наличии серьезных социально-политических оснований.

Литература

1. Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М., 1971. – С. 101.
2. Барак А. Судейское усмотрение. – М., 1999. – С. 352-353.
3. Буранов Г.К. Обстоятельства, отягчающие наказание, в российском уголовном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001.
4. Грачева Ю.В. Проблемы судейского усмотрения в российском уголовном праве. – Владимир, 2005. С. 135-136.
5. Іванюк Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Київ, 2006. – С. 4.
6. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 1972. – С. 138.
7. Ушакова М.Г. Смягчающие наказание обстоятельства в уголовном праве России. – М., 2002.
8. Фролов Е.А. Стабильность закона и соотношение формально-определенных и оценочных понятий в уголовном праве // Проблемы советского уголовного права и криминологии. – Свердловск, 1973. – Вып. 28. – С. 44.
9. Правила определения меры наказаний, налагаемых мировыми судьями. – К., 1913.

Анотація

Понятовська Т.Г. **Кримінально-політичне значення суддівської дискреції при призначенні покарання.** – Стаття.

З того моменту, як у суспільстві зародився інтерес до права, питання про роль суддівського розсуду був і залишається одним з важливих питань правової ідеології. В залежності від цілей, завдань і функцій кримінального права роль суддівського розсуду змінювалася в досить широкому діапазоні значень: від суддівського свавілля до чинника правової культури. Цим зумовлена поява полярних поглядів на перспективи подальшого його існування в кримінальному праві.

Ключові слова: суддівський розсуд, призначення покарання.

Summary

Ponjativskaja T.G. **The meaning of criminal-political judge's views while setting punishment.** – Article.

From this moment as in a society interest to the law has arisen, a question of a role of the judicial discretion remains the most important questions of the legal ideology. Depending to the purposes, problems and functions of the criminal law the role of the judicial discretion varied in wide enough range of meanings: from a judicial arbitrariness to the factor of legal culture.

Key words: judicial discretion, sentencing.

УДК 343.241:343.8

Т.А. Денисова

РЕАЛІЗАЦІЯ ЗАПОБІЖНОЇ ФУНКЦІЇ ПОКАРАННЯ В МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ТА ВІДНОВЛЕННЯ ОСОБИСТОСТІ З ПРАВОСЛУХНЯНОЮ ПОВЕДІНКОЮ

Теоретичне осмислення покарання як для пенології, так і для теорії кримінального права і кримінології, перш за все пов'язується з дослідженням його значення у поверненні до суспільного життя осіб, які відбували покарання та запобіганні рецидиву злочинів.

Кримінальне покарання як особлива форма державного примусу, впливає не тільки на особу засудженого та його найближче оточення, а й охоплює широкі верстви населення і корегує певні соціальні процеси, що протікають у суспільстві. Відтак, державі та суспільству слід визначитися з пріоритетами та заходами протидії злочинності. Цивілізований світ, який прагне до гуманізації, пропонує нову модель взаємовідносин суспільства зі злочинністю і новий погляд на покарання, його призначення, виконання і відбування [1]. Проте, свідомо зробити такий крок в Україні досить проблематично, оскільки науковцями та практиками відмічається значне погіршення криміногенної ситуації [2]: високий рівень рецидиву, зростання кримінального професіоналізму, зухвалість поведінки криміналітету тощо. За таких умов, зрозуміло, гальмуються позитивні процеси, пов'язані з гуманізацією покарань, обмеженням кримінальної репресії та запобіганням злочинам.

Інститут запобігання злочинності має давню історію. Він почав свій розвиток ще за часів появи кримінальної заборони і за останні декілька тисячоліть видатними науковцями, політиками та громадськими діячами всього світу було запропоновано з цього приводу багато цікавих ідей. Досить різноманітною була і практика їх застосування – від впровадження жорстоких каральних до цілком гуманних запобіжних заходів політичного, економічного, ідеологічного (інколи навіть релігійного) характеру [3]. Але той факт, що на сьогоднішній день злочинність не зникла як явище, свідчить про те, що жоден із засобів її запобігання не може стати єдиним абсолютно дієвим.

Запобіжна функція покарання здійснює вплив за трьома рівнями: загальносоціальному, спеціально-кримінологічному та індивідуальному. Це узгоджуються із загальною позицією більшості сучасних науковців, зокрема, В.В. Голіни, І.М. Даньшина, В.М. Дрьоміна, О.М. Джужи, А.П. Закалюка, О.С. Міхліна, М.О. Стручкова, В.О. Тулякова, І.В. Шмарова та ін. [4].

Реалізація даної функції покарання забезпечується Конституцією України, кримінальним та кримінально-виконавчим правом, що містять визначену групу інститутів і норм, що прямо чи побічно спрямовані на рішення запобіжних завдань. Хоча у Конституції України немає норм, які б прямо визначали обов'язки держави та її органів щодо запобігання злочинності, в ній міститься ряд статей, аналіз яких дає змогу визначити конституційні основи її

© Т.А. Денисова, 2010

здійснення і, як правильно наголошує А.П. Закалюк, запобігання злочинності є невід'ємною функцією правової держави [5, с. 336]. Низка статей Конституції визначає обов'язки держави, здійснення яких може бути повним і комплексним лише у разі проведення діяльності щодо запобігання злочинності. Це стосується обов'язків держави щодо утвердження і забезпечення прав і свобод людини (ст. 3), захисту життя людини (ст. 27), її свободи та особистої недоторканності (ст. 29), таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31) тощо. Як відомо, Конституція України передбачає можливість тимчасового обмеження певних прав громадян (ст.34), з метою запобігання заворушенням чи злочинам. [6]. Окремі положення щодо запобігання злочинності знайшли відображення в нормах законодавства. Зокрема, встановлення санкцій за різні види злочинних діянь, визначення підстав і умов, за наявності яких ці санкції реалізуються; встановлення системи покарань, зміст яких попереджає про покарання тих, хто порушить закон тощо. Особливе значення надається завданню боротьби зі злочинністю, адже у ст.50 КК України передбачені кінцеві цілі покарання, серед яких запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами займає особливе, пріоритетне місце [7]. В КВК України метою кримінально-виконавчого законодавства визначається захист інтересів особи, суспільства і держави шляхом створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, загальна та спеціальна профілактика і також запобігання тортурам, нелюдському або принижуючому гідність, поводженню із засудженими [8].

Одже, покарання не тільки утримує від злочинної поведінки засудженого і його оточення, окремі групи населення з нестійкою чи протиправною поведінкою, які через свою антисоціальну спрямованість здатні порушувати кримінально-правову заборону, а й виступає в якості одного з інструментів управління процесом соціальної реадаптації злочинця до умов життя суспільства, здійснює на нього психологічний та виховний вплив з метою формування правослухняної поведінки.

До змісту кримінально-виконавчого законодавства також входить певна група інститутів та норм, які безпосередньо або опосередковано направлені на вирішення завдань щодо запобігання вчиненню правопорушень або злочинів з боку осіб, які вчинили злочин і відбувають кримінальне покарання. До цього можна віднести норми КВК України, що регламентують режим відбування покарання і направлені на протидію вчинення правопорушень і рецидивної злочинності з боку осіб, які відбувають покарання, а саме: норми, що визначають порядок застосування стягнень до осіб, які відбувають покарання; норми, що визначають обов'язкову ізоляцію засуджених і постійний нагляд за ними; норми, що регулюють класифікацію засуджених та їх розподіл по видах кримінально-виконавчих установ; норми, що визначають підстави для застосування зброї та заходів безпеки, порядок огляду та обшуку жилих приміщень та виробничих об'єктів, встановлення адміністративного нагляду за особами, які звільнені з місць позбавлення волі тощо.

Засобами реалізації запобіжної функції в процесі відбування покарання, а саме в УВП є, зокрема, правові, морально-виховні, організаційні, управлінські, економічні, спеціально-запобіжні тощо. Так, запобіжний вплив здійснюють, як відомо, не лише заходи, що мають запобіжне цільове спрямування, а й ті, що мають інші цілі. Наприклад, заходи щодо удосконалення системи праці в УВП, адже якщо засудженим здобуті позитивні трудові навички, якщо він має професію, що буде користуватись попитом після його звільнення, а заробітна платня буде цілком відповідати рівню життя, після відбування покарання саме це може мінімізувати прагнення до вчинення злочинних дій. Тому підвищення рівня та поліпшення якості професійного навчання сприяє запобіганню злочинності, тобто має запобіжний ефект.

Як відомо, реалізація запобіжної функції покарання в місцях позбавлення волі здійснюється в трьох формах: переконання, примус і стимулювання. У кримінології висловлена правильна, на нашу думку, позиція, згідно з якою використання переконання (з точки зору змісту) не потребує детального правовому регулюванні, а примус і стимулювання вимагають суворої правової регламентації [9]. Переконання по своїй суті є одним із засобів неформального загальносоціального впливу й контролю, що базується на соціальних (моральних, етичних та інших) нормах, зазвичай не має правової форми, яка не вторгається в юридичну сферу життя людей, не зачіпає права і законні інтереси громадян і застосовується незалежно від правової дії [10, с. 147]. Тому детальна правова регламентація таких сторін запобігання злочинів, які ґрунтуються на переконанні, може призвести до зайвого регулювання правом цієї діяльності [11]. Правове регулювання примусу необхідно тому, що примус завжди, так чи інакше, торкається, як правило, обмежує, права та інтереси засуджених, а тому вимагає чіткої правової регламентації. Необхідність правового регулювання стимулювання зумовлюється тим, що, з одного боку, суб'єкти профілактики, які здійснюють відповідну діяльність, наприклад, надання допомоги в побутовому або трудовому влаштуванні, повинні бути не тільки зобов'язані проводити такого роду заходи, але й мати права, що забезпечують можливість реалізації цих заходів, і, з іншого - засуджені, поведінка яких стимулюється, повинні бути впевнені в тому, що їхня діяльність отримає схвалення, закріплене в законі, що може закріпити їх подальшу правослухняну поведінку.

Складовою запобіжної функції покарання є профілактична діяльність в УВП. Механізм правової регламентації профілактики злочинів в УВП досить своєрідний. Регламентація, що заснована на нормах Конституції України, діє через призму системи норм кримінально-виконавчого права, при цьому конституційні положення і норми інших галузей законодавства трансформуються, коригуються, конкретизуються або обмежуються нормами кримінально-виконавчого законодавства, головним чином тими, які визначають режим відбування покарання у виправних установах. Таким чином, правова система регулювання запобігання злочинам в УВП являє собою сукупність своєрідно і різнобічно взаємопов'язаних норм. Аналіз цієї системи, а також матеріали анкетування персоналу КВС, дозволяють виявити їх ставлення до ефективності кримінально-правової

профілактики. Так, більшість з опитаних (51,4%) кримінально-правові засоби розглядають як ефективний засіб профілактики злочинів, вчинених засудженими до позбавлення волі. Однак досить високим є відсоток осіб (42,9%), які вважають такі засоби неефективними. Це, на нашу думку, пояснюється наступним. По-перше, деякі співробітники недооцінюють профілактичний потенціал кримінально-правових та кримінально-виконавчих норм, більш того, спостерігається слабке знання їх змісту та особливостей застосування. По-друге, практикою неточного застосування таких норм, недооцінкою деякими співробітниками складності їхнього застосування. По-третє, не завжди враховується специфіка УВП, дані про особу засуджених, характер вчинених ними раніше злочинів, займаний неформальний статус у процесі відбування покарання, поведінку та вплив на оточуючих. Вагалися з відповіддю 4,4% з числа опитаних, а 1% – дали інші відповіді. В їх числі вказується на більшу ефективність застосування замість вказаних норм заходів дисциплінарного впливу. Результативність такого рішення пояснюється оперативністю їх прийняття, особливо за злочини невеликої тяжкості та правопорушення.

Загальновідомо, що діяльність держави повинна бути спрямована на те, щоби особа, яка вчинила злочин, обов'язково не тільки була покарана, а й свідомо змогла змінити асоціальний спосіб життя на загальноприйнятний. Показником ефективності такої діяльності могла б стати статистика рецидиву, тобто вчинення злочинів особами, раніше засудженими. В Україні за сучасними даними середній показник рецидиву щороку складає близько 25-28%. Але ми приєднуємось до позиції А.П. Закалюка, що темп зростання рецидиву злочинів у декілька разів більший [12, с. 525-527], тобто більш третини засуджених, які відбувають чи відбули покарання у виді позбавлення волі, через якийсь час знову вчинюють злочини. Це ставить під сумнів ефективність діяльності персоналу УВП, особливо в частині застосування до засуджених індивідуальних профілактичних заходів.

Як не прикро відзначати, слід визнати, що сьогодні на індивідуальному рівні дія запобіжної функції практично втрачена. Хоча завдяки останній, засуджений у процесі відбування покарання, повинен засвоїти соціально схвалювані стандарти поведінки, виробити ціннісні орієнтації й свідоме підпорядкування моральним і правовим нормам, відновити втрачені й ослаблені в результаті фізичної ізоляції соціальні зв'язки, функції і свій правовий статус. Досягнення позитивних результатів, а саме правослухняна поведінка, осуд вчинення злочину, соціальна адаптація і життя без правопорушень, - все це є головним підсумком карально-виховного впливу і ознакою виправлення особи. Але досягти цього вельми непросто, оскільки існує ціла низка об'єктивних і суб'єктивних факторів, які стають нездоланною перешкодою. Свого часу М.О. Стручков відзначав, що правильна наукова організація виконання покарання вимагає глибокого вивчення особливостей засудженого [13, с. 167]. Нами ретельно вивчено посадові обов'язки персоналу КВС, які повинні здійснювати індивідуальний вплив на засуджених, типову Індивідуальну програму соціально-психологічної роботи із засудженими, запропоновану Державним

департаментом України з питань виконання покарань та інші подібні матеріали і ми переконані, що таку послідовну, цілеспрямовану роботу жоден працівник проводити не взмозі, а тим більше фіксувати її [14]. Щоби виконати хоча б мізерну частину з вказівок щодо роботи із засудженим та надання рекомендацій іншим підрозділам, потрібна спеціальна соціально-психологічна служба. Враховуючи те, що зараз на шістсот засуджених штатним розписом передбачено одного психолога, ми переконані, що така служба і, загалом, така індивідуальна робота сьогодні є "замилюванням ока" суспільства і ні за яких умов вона непридатна здійснювати виправний вплив та роботу із соціальної реабілітації засуджених. Більш того, такий формалізм є шкідливим і для самих засуджених. У зв'язку з цим, на нашу думку, особливої уваги заслуговують питання професійної підготовки та перепідготовки кадрів, які зможуть у подальшому опанувати мистецтво виховної та профілактичної діяльності.

Узагальнюючи сказане, слід підкреслити, що жодні заходи запобігання злочинності не призведуть до належного результату без глобальної гармонізації суспільних відносин. Слід дослухатися до науковців та практичних працівників, якими були запропоновані сучасні заходи впливу на засуджених. У разі правильного застосування такого практичного досвіду та теоретичних ідей з'явиться цілком реальна можливість зменшити рецидив злочинів, що дасть можливість призупинити загальний рівень злочинності, а також досягти певного успіху у формуванні законослухняної поведінки у осіб, які відбувають покарання з метою їх ефективної ресоціалізації у суспільство.

Література

1. Зер Ховард. Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание / Общ. ред. Л.М. Карнозовой. – М.: МОО Центр "Судебно-правовая реформа", 1998. – 354 с.; Кристи Нильс. Борьба с преступностью как индустрия. Вперед к Гулагу западного образца /Пер. с англ. А. Петрова, В. Пророковой. – М.: РОО "Центр содействия реформе уголовного правосудия", 2001. – 224 с.
2. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3 кн. – Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 712с.; Шакун В.І. Суспільство і злочинність. – К.: Атіка, 2003. – 784 с.
3. Вагоме значення для розвитку теми запобігання злочинності мають роботи зарубіжних та вітчизняних науковців, від минулого до сьогодення: Ш.Л. Монтеск'є, Ж.Ж. Руссо, Ф.А. Вольтер, Д. Дідро Д. Говард, Д. Локк, І. Кант, І. Бентам, І. А. Фейєрбах., Г. Гегель, А. Кетле, Ч. Ломброзо, Е. Феррі, Р. Гарофало, Е. Дюркгейм, Р. Мертон, Г. Тард, А. Прінс, Ф. Ліст, З. Фрейд, О. М. Радищев, О.Ф. Кістяківський, О.М. Бандурка, В.О. Глушков, В.В. Голіна, І.М. Даньшин, О.М. Джужа, В.М. Дрьомін, А.П. Закалюк, О.Г. Кальман, О.М. Костенко, О.М. Литвак, А.П. Тузов, В.О. Туляков, В.І. Шакун та ін.
4. Даньшин И.Н. Общетеоретические проблемы криминологии: Монография. – Х.: Прапор, 2005. – 224 с.; Дремин В.Н. Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества: Монография. – О.: Юрид. літ., 2009. – 616 с.; Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3 кн. – Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 424 с.; Михлин А.С., Стручков Н.А., Шмаров И.В. Теоретические проблемы правового регулирования исполнения наказания // Сов. гос. и право. – 1988. – № 4. – С. 72-86.
5. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: У 3-х кн. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – 424 с.

6. Конституція України: Основний Закон України від 28.06.1996р. № 254к/96-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141.
7. Кримінальний кодекс України //Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
8. Кримінально-виконавчий кодекс України. Офіційне видання. – К.: Атіка, 2003. – 96 с.
9. Гаухман Л.Д. Правовые основы предупреждения преступлений: Лекция. – М.: Академия МВД СССР, 1990. – 48 с.
10. Кан Уэда. Преступность и криминология в современной Японии / Пер. с япон. – М.. Прогресс, 1989. – 256 с.
11. Бабаев М.М. Профилактика преступлений как нравственно-правовая проблема //Правовые проблемы профилактики правонарушений. Труды Академии МВД СССР. – М., 1985. – С. 17-24.
12. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3 кн. – Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 712 с.
13. Стручков Н.А. Советская исправительно-трудовая политика и ее роль в борьбе с преступностью. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1970. – 112 с.
14. Положення про психологічну службу установи виконання покарань /Наказ ДДУПВП № 33 від 17 березня 2000 р.; Денисова Т.А. Криза призначення, виконання, відбування покарання у виді позбавлення волі на певний строк та шляхи її подолання //Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень / За заг. ред. А.А. Музики. – К.: КЮІ КНУВС, 2005. – С. 324-332.

Анотація

Денисова Т.А. **Реалізація запобіжної функції покарання в місцях позбавлення волі та відновлення особистості з правослухняною поведінкою.** – Стаття.

В Україні науковцями та практиками відмічається значне погіршення криміногенної ситуації. За таких умов гальмуються позитивні процеси, пов'язані з гуманізацією покарань, обмеженням кримінальної репресії та запобіганням злочинам. Але жодні заходи запобігання злочинності не призведуть до належного результату без глобальної гармонізації суспільних відносин.

Ключові слова: покарання, гуманізація

Summary

Denisova T.A. **Realization of preventive function of punishment in the places of imprisonment and proceeding in personality with a legal conduct.** – Article.

Science officers and experts marked a considerable deterioration of criminological situations n Ukraine. The positive processes concerns with a humanization of punishments, restriction of a criminal reprisal and prevention of crimes is decelerate by such circumstances. Without global harmonization of the public relation any measures of prevention of criminality will not lead to the appropriate result.

Key words: sentencing, humanization

УДК 343.346.1/5(477)

В.І. Осадчий

АНАЛІЗ ПОКАРАННЯ ЗА ПОШКОДЖЕННЯ ШЛЯХІВ СПОЛУЧЕННЯ І ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ В КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ (СТ. 277) ТА ІНШИХ КРАЇН-УЧАСНИЦЬ СНД

Види і розміри покарань за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів в кримінальному законодавстві України та інших країн-учасниць СНД передбачені неоднакові. Наведемо в Таблиці №1 види і розміри покарань за вчинення цього злочину, коли це спричинило шкоду здоров'ю людини, її смерть чи смерть кількох осіб.

Аналізуючи дані щодо покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів, коли це спричинило шкоду здоров'ю людини, її смерть чи смерть кількох осіб, насамперед вкажемо таке. Пошкодження шляхів сполучень і транспортних засобів визнається умисним злочином в КК України (ст. 277) [1], КК Республіки Білорусь (ст. 309) [2], КК Республіки Казахстан (ст. 299) [3], КК Республіки Молдова (ст. 268) [4], Республіки Узбекистан (ст. 263) [5]. Для зручності, Кодекси цих країн назвемо кодексами першої групи.

В кримінальних кодексах Киргизької Республіки[6], Республіки Азербайджан (ст. 266) [7], Республіки Вірменія (ст. 246) [8], Республіки Таджикистан (ст. 214) [9], Республіки Туркменістан (ст. 328) [10], Російської Федерації (ст. 267) [11] прямої вказівки на конкретну форму вини при пошкодженні шляхів сполучень і транспортних засобів немає. Кодекси цих країн назвемо кодексами другої групи.

Підкреслимо, що види та розміри покарань, як в умисних, так і необережних злочинах різняться.

Щодо умисних злочинів, відповідальність за вчинення яких передбачена в кодексах першої групи. Найсуворіше за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів, коли це спричинило шкоду здоров'ю людини, її смерть чи смерть кількох осіб, реагують КК України та КК Республіки Узбекистан.

Умовні скорочення, вжиті в Таблиці №1:

Ст. – стаття; КК – Кримінальний кодекс; * – позначено покарання у виді штрафу; с.т.т.у. – середньої тяжкості тілесні ушкодження (середня шкода здоров'ю); т.т.у. – тяжкі тілесні ушкодження (тяжка шкода здоров'ю); ВР – виправні роботи; ОВ – обмеження волі; ПВ – позбавлення волі; р. – років; м. – місяців; 1 – ст.268 КК Республіки Молдова на частині не поділяється; 2 – Модельний кримінальний кодекс (ст.18) злочином невеликої тяжкості визнає: умисні і необережні діяння, за які максимальне покарання, передбачене цим Кодексом, не перевищує двох років позбавлення волі; злочином середньої тяжкості визнає: умисні діяння, за які максимальне покарання, передбачене цим Кодексом, не перевищує п'яти років позбавлення волі, а також необережні діяння, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення свободи понад два роки. (За необережні злочини позбавлення волі не може перевищувати семи років (ч. 3 ст. 58 Модельного кримінального кодексу)

© В.І. Осадчий, 2010

Таблиця №1

Покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів у випадку спричинення середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень (середньої чи тяжкої шкоди здоров'ю), спричинення смерті людини чи смерті кількох осіб за кримінальним законодавством України та інших країн-учасниць СНД: порівняльні характеристики

Покарання / Наслідки		с.т.т.у. (середня шкода)	т.т.у. (тяжка шкода)	смерть людини	смерть кількох осіб
Ст.277 КК України	ПВ	3-8р.	3-8р.	7-15.	7-15р.
Ст.266 КК Азербайджану	Штраф	*	*		
	ВР	до 2р.	до 2р.		
	ПВ	до 2р.	до 2р.	2-5р.	3-8р.
Ст.309 КК Білорусі	Штраф				
	Арешт	3-6м.	3-6м.		
	ПВ	до 4р.	до 4р.	3-10р.	
Ст.246 КК Вірменії	Штраф	*	*		
	ПВ	до 4р.	до 4р.	3-8р.	6-10р.
Ст.299 КК Казахстану	Штраф	*	*		
	Арешт	4-6м.	4-6м.		
	ПВ	до 4р.	до 4р.	3-8р.	6-10р.
Ст.283 КК Киргизії	Штраф	*	*		
	ПВ	до 3р.	до 3р.	3-5р.	5-10р.
Ст.268 КК Молдови	Штраф	*	*		
	ПВ	3-7р.	3-7р.	3-7р.	3-7р.
Ст. 267 КК Росії	Штраф		*		
	ПВ		до 4р.	3-8р.	6-10р.
Ст.214 КК Таджикистану	Штраф	*	*		
	Арешт	до 6м.	до 6м.		
	ОВ	до 3р.	до 3р.		
	ПВ			2-7р.	5-10р.
Ст.328 КК Туркменістан	ВР	до 2р.	до 2р.		
	ПВ	до 4р.	до 4р.	2-7р.	4-8р.
Ст.263 КК Узбекистану	Штраф	*	*		
	ВР	до 3р.	до 3р.		
	ПВ	до 5р.	до 5р.	5-10р.	10-15р.
Ст.211 Модельного КК[2]		злочин невелик тяжкості	злочин невелик тяжкості	злочин серед. тяжкості	злочин серед. тяжкості

Так, у випадку спричинення середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень в ч.2 ст. 277 КК України передбачено безальтернативне позбавлення волі на строк від 3 до 8 р. Спричинення таких же наслідків в ч. 1 ст. 263 КК Республіки Узбекистан карається позбавленням волі на строк до 5р. (але при цьому передбачено і такі покарання як штраф та виправні роботи). Спричинення смерті людині (кільком особам) внаслідок пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів в ч. 3 ст. 277 КК України карається позбавленням волі на строк від 7 до 15 р., тобто так, як і просте умисне вбивство. Спричинення смерті людині за таких же умов в ч. 2 ст. 263 КК Республіки Узбекистан карається позбавлення волі на строк від 5 до 10 р. (просте умисне вбивство – ч.1 ст.97 КК Республіки Узбекистан карається позбавленням волі на строк від 10 до 15 р., кваліфіковане – ч. 2 ст. 97 – позбавленням волі на строк від 15 до 20 р. або смертною карою). Отже серед умисного пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів найсуворіше покарання передбачено в ст. 277 КК України.

В кримінальних кодексах другої групи – Республіки Азербайджан (ст. 266), Республіки Вірменія (ст. 246), Республіки Киргизія (ст. 283), Республіки Таджикистан (ст. 214), Республіки Туркменістан (ст. 328), Російської Федерації (ст. 267), як зазначалось, вказівки на умисне пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів відсутні. При цьому вказано на необережність щодо спричинення шкоди здоров'ю чи заподіяння смерті. За таких умов, як на наш погляд, є підстави вважати, що пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів може вчинятись як умисно, так і необережно. Хоча автори коментаря Кримінального кодексу Російської Федерації вважають, що "приведення в непридатність транспортних засобів або шляхів сполучень із суб'єктивної сторони передбачає необережну форму вини у виді легковажності чи недбалості" [12]. Зауважимо також, що Модельний кримінальний кодекс [13] рекомендував визнавати пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів злочином середньої тяжкості. При цьому Модельний кримінальний кодекс рекомендував, що за необережні злочини позбавлення волі не може перевищувати семи років.

Покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів в кримінальних кодексах другої групи передбачене більш м'яке. Насамперед вкажемо, що у випадках спричинення середньої тяжкості чи тяжкої шкоди здоров'ю потерпілого покарання є альтернативним (позбавлення волі, причому на строк не більше 4 р., передбачено в будь-яких варіаціях з іншими покараннями – штрафом, виправними роботами, арештом, обмеженням волі). Підкреслимо, що за спричинення середньої тяжкості чи тяжкої шкоди в ст. 214 КК Республіки Таджикистан взагалі не передбачено таке покарання як позбавлення волі. Найсуворішим в санкції цієї статті визначено обмеження волі на строк до 3р. в альтернативі зі штрафом та арештом. За спричинення з необережності смерті особи або кількох осіб саме м'яке покарання передбачає ст. 266 КК Республіки Азербайджан, – позбавлення волі відповідно від 2 до 5р. та від 3 до 8 р. Найсуворіші покарання за спричинення смерті двох чи більше осіб передбачають кримінальні кодекси Республіки Вірменія та Російської Федерації – від 6 до 10 р. позбавлення волі.

Як бачимо, види та розміри покарань, передбачені за фактично одні й ті ж наслідки, в усіх кримінальних кодексах країн-учасниць СНД різняться. Зі згаданих кримінальних кодексів покарання, передбачені в ст.277 КК України, є самими суворими. Проте практика застосування ст.277 КК України свідчить про те, що суди в Україні за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів карають винних не надто суворо. Покажемо статистику застосування судами України покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів в Таблиці №2.

Дані Таблиці №2 демонструють, зростання кількості засуджених за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів – з 29 осіб в 2005 р. до 119 осіб в 2008 р. При цьому спостерігається і певне зростання кількості осіб, засуджених до позбавлення волі – з 3 осіб в 2005 р. до 16 осіб в 2008 р. Не дивлячись на таке зростання, збільшується кількість засуджених до позбавлення волі на мінімальні строки. Якщо в 2005 р. строком на 1рік засуджених не було, то вже в 2007 р. їх стало 7 осіб, а у 2008 р. – 10 осіб. Спостерігаємо також і тенденцію до збільшення засуджених осіб на строк від 1 до 2 років – з 2 засуджених осіб в 2005 р. до 5 засуджених осіб у 2008 р.

Таблиця №2

Застосування судами України покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277 КК України)

Покарання	Роки та кількість засуджених осіб	2005 р. (29 осіб)	2006 р. (71особа)	2007 р. (88 осіб)	2008 р. (119осіб)
Позбавлення волі	1 рік		1	7	10
	1-2 р.	2	2	2	5
	2-3 р.		2	3	1
	3-5 р.		2	2	
	5-8 р.	1	1	2	
	8-10 р.				
	10-15 р.			1	
Обмеження волі		1			5
Арешт				1	
Виправні роботи			2		4
Громадські роботи				1	1
Штраф		5	21	15	33
Звільнено з випробуванням		20	37	51	60
Звільнено з інших підстав			3	3	

Зауважимо також, що покарання у виді позбавлення волі засудженим за злочин, відповідальність за який передбачено ст. 227 КК України, призначалось, як правило, на строк не більше двох років. Строк позбавлення волі понад два роки призначався засудженим лише за умови вчинення злочину, відповідальність за який передбачена в ст. 277 КК України, разом з іншими злочинами.

Відзначимо й те, що значно зросла і кількість осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням – з 20 осіб в 2005 р. до 60 осіб в 2008 р.

Суттєвим є і зростання засуджених осіб до штрафу – з 5 в 2005 р. до 33 осіб в 2008 р.

Ці дані говорять про те, що суворі санкції, передбаченні ст. 277 КК України, фактично не працюють. А відтак потребують перегляду в бік пом'якшення.

Література

1. Кримінальний кодекс України. – К.: Вид. Паливода А.В., 2009. – 188 с.
2. Уголовный кодекс Республики Беларусь. Принят Палатой представителей 2 июня 1999 года Одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года: Текст Кодекса по состоянию на 15 сентября 2004 года. – Мн.: Амалфея, 2004, – 320 с.
3. Уголовный кодекс Республики Казахстан. По состоянию на 1 сентября 1999 года.– Алматы: Юристъ, 1999. – 140 с.
4. Уголовный кодекс Республики Молдова от 18 апреля 2002 г. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. – 408 с.
5. Уголовный кодекс Республики Узбекистан: научно-практический комментарий.– Ташкент, Академия МВД Республики Узбекистан, 1996. – 388 с.
6. Уголовный Кодекс Кыргызской Республики. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002. – 352 с.
7. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001.– 325 с.
8. Уголовный кодекс Республики Армения. Принят 18.04.2003 г. – Режим доступу: http://www.crime.vl.ru
9. Уголовный кодекс Республики Таджикистан. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001.– 410 с.
10. Уголовный кодекс Туркменистана. – Ашхабад: "Туркменистан", 1997. – 377 с.
11. Уголовный кодекс Российской Федерации. С изменениями и дополнениями на 15 октября 2005 года. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – 256 с.
12. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – 3-е изд., перераб и доп. / Ю.В. Грачева, Л.Д. Ермакова [и др.]; отв. Ред. А.И. Рарог. – М.:ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006, с. 464.
13. Модельный уголовный кодекс для государств-учасников Содружества Независимых Государств: Рекомендательный законодательный акт. Принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-учасников Содружества Независимых Государств в Санкт-Петербурге 17 февраля 1996 г. // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 88-90, 95-96.

Анотація

Осадчий В.І. **Аналіз покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів в кримінальному законодавстві України (ст. 277) та інших країн-учасниць СНД.** – Стаття.

Види та розміри покарань за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (як в умисних, так і необережних злочинах) передбачені за фактично одні й ті ж наслідки, в усіх кримінальних кодексах країн-учасниць СНД різняться. Найсуворіше за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів реагують КК України та КК Республіки Узбекистан. Суди в Україні за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів карають винних не надто строго. І отже санкції, передбаченні ст.277 КК України, фактично не працюють і потребують перегляду в бік пом'якшення.

Ключові слова: покарання, транспортні злочини.

Summary

Osadchiy V.I. **An analysis of punishment for the damage of ways of report and transport vehicles in the criminal legislation of Ukraine (article 277) and other countries-participants of the CIS.** – Article.

Quality and quantity of punishments for damaging transport communication and equipment (committed occasionally of intentionally) are foreseen for the same consequences by legislation of the UIS participant states, but provided in different ways. The strictest sanctions are set in criminal codes of Ukraine and Uzbekistan. But Ukrainian courts do not impose long terms of imprisonments for the crimes of such sorts. That means, the current legal rules do not work in this sphere, and need revision.

Key words: punishment, traffic crimes.

УДК 343.2/7

Ж.В. Мандриченко

РЕАЛИЗАЦИЯ ЧАСТНЫХ НАЧАЛ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Постановка проблемы. Современное уголовное законодательство направленно на повышение роли участников уголовно-правового конфликта в механизме его разрешения. В связи с чем Закон, как инструмент, не чуждый развития, должен предусматривать разумное соотношение публичных и частных начал, исходя из интересов, в первую очередь, потерпевшего и обвиняемого, а также государства в лице его правоохранительных органов.

Традиционный подход к природе уголовного права как отрасли признанного публичного права сегодня необходимо скорректировать, так как элементы диспозитивности характерны и присущи современному украинскому уголовному праву. Прежде всего, современное уголовное право, как и другие отрасли публичного права вынуждены постепенно освобождать себя от парадигм, которые оно формировало на протяжении последних двух столетий. Такая вынужденность связана с переходом к идеологии постмодерна, которая становится доминирующей среди юристов мира в эпоху глобализации [1, с. 296-303].

© Ж.В. Мандриченко, 2010

Актуальность реализации частных начал в уголовном праве обусловлена: изменениями, произошедшими в общественно-политической и экономической жизни современного украинского общества; принятием действующего уголовного кодекса, а также рядом изменений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, преобразовавшего систему уголовного судопроизводства; недостаточной теоретической разработкой проблем реализации диспозитивного начала в уголовном праве; серьезными ошибками, встречающимися в следственно-судебной практике при защите прав и законных интересов лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства.

Анализ исследований. Значительных успехов в исследовании категории "диспозитивности" получили представители российской уголовно-процессуальной школы. Примером могут послужить диссертационные исследование А.С. Александрова "Диспозитивность в уголовном процессе", О.И. Роговой "Пределы проявления диспозитивных признаков в уголовном судопроизводстве", Л.Н. Масленниковой "Методология познания публичного и частного (диспозитивного) начал в уголовном судопроизводстве".

Отдельно необходимо отметить работу в области уголовного права А.В. Сумачева "Публичность и диспозитивность в уголовном праве".

Проблемам диспозитивности также уделяли внимание украинские ученые: В.Т. Маляренко, В.А. Туляков, В.В. Навроцкой, Ю.О. Гурджи, Л.Л. Нескороджена, Н.В. Сенаторов, О.П. Герасимчук и др.

Мы в свою очередь рассмотрим различные аспекты содержания категории "диспозитивности" в уголовном праве, проанализируем основные материально-правовые полномочия.

Цели статьи. С учетом изложенного, в рамках данной статьи, обращено внимание на основные проблемы современной концепции уголовной политики через механизмы совершенствования такого принципа как диспозитивность, который способствует реализации прав и свобод личности во всех сферах общественной жизни.

Изложение основного материала.

Диспозитивность (от позднелат. dispositivus – распоряжающийся, от лат. dispono – располагаю, устраиваю) – принцип гражданского судопроизводства, согласно которому стороны в гражданском процессе свободно распоряжаются своими материальными и процессуальными правами.

Принцип диспозитивности также в известной мере действовал и в уголовном судопроизводстве. Например, по советскому праву дела, так называемого частного и частнопубличного обвинения, возбуждались по жалобе потерпевшего, а дела частного обвинения могли быть прекращены в результате примирения потерпевшего и обвиняемого.

Сама категория "диспозитивности" рассматривается в различных аспектах как принцип или как метод правового регулирования. Для того, чтобы однозначно ответить на этот вопрос необходимо обратиться к работам вышеупомянутых ученых и провести анализ содержания таких категорий как публичное и частное право, их характерные черты и соотношение одного с другим.

По мнению ряда авторов “диспозитивность” (в переводе с лат. – располагаю, устраиваю) – это один из основных демократических принципов, который представляет гражданам возможность по собственному усмотрению распоряжаться своими материальными и процессуальными правами [2, с. 7, 24]. Таким образом, диспозитивность рассматривается как общий принцип правового регулирования, который определяет правовую способность частного лица самостоятельно решать вопросы правомочия в конкретной сфере правового регулирования.

Второй аспект диспозитивности в праве связывают со специфическим методом правового регулирования, который строится в противоположность императивному методу [3, с. 37]. О диспозитивности как о методе регулирования конкретных (отраслевых) правовых отношений указывали в своих работах О.Г. Перминов, Е.Л. Хильчук, акцентируя внимание на возможности выбора вариантов поведения для субъектов в рамках закона. Исходя из этого, диспозитивность как метод правового регулирования выражается в нормативно предусмотренной возможности выбора поведения, в зависимости от усмотрения частного лица.

Достаточный интерес также представляет позиция С.С. Алексеева, который акцентирует внимание на том, что с общетеоретических и общеметодологических позиций диспозитивность можно рассматривать как “особую модель построения правовой материи” [4, с. 589]. Суть данной модели сводится к тому, что лицу предоставляется возможность самому, своей волей, определять собственное поведение, что открывает простор для действий лица по своему усмотрению, по своей воле и в своих интересах. Таким образом, диспозитивность понимается как “определяющее начало”. Но не отдельно взятой отрасли, а права вообще.

Рассмотрим и проанализируем содержания и характерные черты диспозитивности.

Выделение публичного и частного интереса произошло еще в глубокой древности. Например, один из крупнейших римских юристов Домиций Ульпиан в основе такого выделения видел интерес носителя правомочий: для частного права приоритетное положение имеют интересы отдельных лиц; для публичного – основными являются государственные интересы [5, с. 2].

Немецкие философы и правоведы, в частности Иммануил Кант и Геог Фридрих Пухта, проводили разграничение между публичным и частным правом в зависимости от его принадлежности лицу как индивиду, или как члену организованного общества. Таким образом, действия человека по собственному усмотрению в рамках правовых предписаний – это сфера частного права; если он реализует право от лица социального образования – это сфера публичного права [6, с. 193].

Достаточно оригинальным является видение различия между публичным и частным правом, которое построенное на юридической форме отношений, где объяснение публичного и частного права находят в различии характера юридической формы тех или иных отношений.

Рассматривая проблему разграничения публичного и частного права, сложно не согласиться с позицией Г.Ф. Шершеневича. Он заметил, что в качестве

отличительного признака одни исследователи видят само содержание правоотношений (материальный момент), а другие – порядок их охранения (формальный момент). Таким образом, с точки зрения формального момента, публичное и частное право различаются, исходя из того, кому принадлежит инициатива защиты нарушаемого права. Обращается внимание не на то, что защищается, а на то, как защищается; не на содержание охраняемых интересов, а на порядок их охранения.

В то же время, акцентируя свое внимание на той или иной концепции, отмечается: "Слабая сторона теории заключается в том, что она не удовлетворяет требования догматики, хотя и претендует на исключительно догматическое значение, что и заставляет возвратиться к материальной точке зрения" [7, с. 13] .

Категории "публичное" и "частное" право имеют выражение не только в законах и юридической практике. Они выражают более глубокое основание, относящееся к самой сути человеческого бытия, на основе которого и происходит построение правового материала, где диспозитивное построение предполагает схему: субъективное право + юридические гарантии, а публичное – юридическая обязанность + юридическая ответственность [8, с. 589].

Таким образом, диспозитивность является началом (принципом), основу которого составляют, в первом случае – отношения "власти-подчинения", а во втором – автономия личности в сфере реализации своей воли.

Что касается непосредственно расширения частных начал в уголовном праве, которые сегодня приобретают особую актуальность, то это веление времени, поскольку закон – это инструмент, которому не чуждо развитие.

Уголовное правосудие, публичность которого определяется нормами материального права, неизбежно воспринимает и интерпретирует частный интерес в той или иной форме. Например, осуществление института уголовного преследования, осуществляемого в частном порядке. При этом обратим внимание, что именно материальное уголовное право определяет юридическое основание конфликта (вид преступного поведения) и возможные виды реакции заинтересованных сторон на него; процессуальное – формы деятельности уполномоченных законом субъектов по установлению факта конфликта и реализации видовой, обозначенной в уголовном законе, реакции.

И здесь первичными являются именно материальные основания уголовного преследования как такового: уголовно-правовой конфликт (преступление) – реакция на конфликт (наказание, освобождение от наказания, применение уголовно-правовых мер). Поэтому мы полностью солидарны с А.Г. Халиулиным, который деление частного и публичного уголовного права видел в характере (качестве) преступного деяния (конкретного преступления), но никак не в субъекте уголовно-обвинительной деятельности.

Применительно уголовного преследования, которое осуществляется в частном порядке, исследователи указывают на:

1) специально-определенные виды;

2) потерпевшего, в данном случае как наиболее значимого представителя заинтересованной стороны;

3) формы реакции пострадавшей стороны на конфликт (его разрешение) [9, с. 232-233].

Можно также выделить материально-правовые полномочия потерпевшего лица, которые заключаются:

1) в праве на возбуждение частного уголовного преследования. Сущностью данного права является юридически закрепленная способность частного лица принимать участие в решении вопроса об уголовно-правовой "судьбе" лица, совершившего преступление. Содержание этого правомочия заключается в гарантированной законом возможности обращения потерпевшего к соответствующим органам, а также права и обязанности государства возбуждать уголовное преследование не иначе как по волеизъявлению потерпевшего;

2) в праве на отказ от возбуждения частного уголовного преследования. Данное право выражается в законодательно определенной способности частного лица участвовать в решении судьбы преступника. Пострадавший фактически имеет право отказаться от обращения к государству за защитой нарушенных преступлением своих интересов, а государство гарантирует ему неприменение к виновному наказания без ясно выраженного его волеизъявления;

3) в праве прекращения частного уголовного преследования (примирения). Право на примирение выражается в реализации определенных критерий (условия примирения и основания примирения), которые заключаются в следующем: совершение не тяжкого преступления, совершение преступления впервые, возмещение причиненного вреда, примирение с потерпевшим. Реализации института примирения свойственны обоюдные желания и действия участников уголовно-правового конфликта (виновного и потерпевшего), которые направлены на "примирение".

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о необходимости пересмотра фундаментального подхода к отправлению правосудия и реализации частного интереса, отвечающего требованиям защиты прав и интересов лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве и поиске адекватных методов и средств. И это, в свою очередь, будет способствовать принципу диспозитивности, который выражается и характеризуется как основанная на законе юридическая свобода (возможность, автономность) субъекта осуществлять свою правоспособность, субъективные права и обязанности по собственному усмотрению в границах закона.

Реализация диспозитивности в смысле свободного усмотрения граждан в использовании предусмотренных законом способов и мер защиты своих субъективных прав, является разумным, необходимым и обоснованным шагом. А усмотрение субъектов, с нашей точки зрения, включит не только свободу вступления (или невступления) в договоры (договор о примирении, договор о медиации), но и реализацию прав, возникающих из отношений ответственности.

Изложенное позволяет сделать следующие выводы:

1. Диспозитивность в уголовном праве является началом (принципом), основу которого составляют, в первом случае – отношения "власти-подчинения", во втором – автономия личности в сфере реализации своей воли.

2. Материально-правовые полномочия потерпевшего заключаются:
– в праве на возбуждение частного уголовного преследования;
– в праве на отказ от возбуждения частного уголовного преследования;
– в праве на прекращение частного уголовного преследования (примирение).

3. Реализация частного интереса отвечает требованиям защиты прав и интересов лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве и поиске адекватных методов и средств, которые будут способствовать принципу диспозитивности. Этот принцип выражается и характеризуется как основанная на законе юридическая свобода (возможность, автономность) субъекта осуществлять свою правоспособность, субъективные права и обязанности по собственному усмотрению в границах закона.

Литература

1. Туляков В.О. Криза кримінального права: суперечності догматів чи догматика суперечностей? // Збірник наукових праць ОНЮА. – Том 8. – О.: Юр. літ., 2009. – С. 296-303.
2. Александров А.С. Диспозитивность в уголовном процессе: Афтореф. дис. канд. юрид. наук. Н. Новгород: Нижегородская ВШ МВД России, – 1995. – С. 7., См. также Петрухин И.Л. // Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Актуальные проблемы юриспруденции: Сборник статей. – Вып. № 5 – С. 24.
3. Сумачев А.В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Издательская группа “Юрист”, – 2003. – 331 с.
4. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. // М.: “Статут”, 1999. – С. 589.
5. Тихомиров А.Ю. Публичное право. – М.: Изд-во БЕК, – 1995. – С. 2.
6. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. – С. 193
7. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права // М.: Фирма “Спартак” – 1995. – С. 13.
8. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. // М.: “Статут”, 1999. – С. 589.
9. Сумачев А.В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве: Монография. – М.: Издательская группа “Юрист”, – 2003. – С. 232-233.

Анотація

Мандриченко Ж.В. **Реалізація приватных засад у кримінальному праві.** – Стаття.

У роботі мова йде про основні аспекти змісту категорії “диспозитивности” у кримінальнім праві. Розглянуті й проаналізовані основні матеріально-правові повноваження. Зроблений висновок про реалізацію приватного інтересу в карнім судочинстві.

Ключові слова: Диспозитивність у кримінальному праві, публічне право, частка право.

Summary

Mandrichenko J.V. **Realization of the private beginnings is in a criminal law.** – Article.

In this article the author analyzed the basic aspects of the maintenance of a category “диспозитивности” in the criminal law. It was analyzed basic materialistic-legal powers. The author made the conclusion about realization of private interest in criminal legal proceedings.

Key words: Diversity in criminal law, public law, private law.

УДК 343.222.4

О.В. Козаченко

АЛЬТЕРНАТИВИ КРИМІНАЛЬНІЙ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ

Дослідження проблеми визначення у діючому законодавстві альтернативних заходів впливу на особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, обґрунтовується значним поширенням наукової концепції, яка пропонує відмовитися від спрощеного погляду на юридичну практику, що вкладається в лінійні причинно-слідчі зв'язки, відповідно до яких у кримінальному праві вчинення злочинного діяння є передумовою застосування виключно кримінальної відповідальності. Представники кримінально-правової науки пропонують не спрощувати характер зв'язків між "викликом", яке проявляється у формі злочину і "відповіддю", яка обмежується виключно юридичною відповідальністю, а розглядати цей зв'язок як багатоаспектний. Якщо визнавати за злочином певну точку біфуркації, то відповідь з боку держави не повинна вписуватися в систему лінійних відносин, а може представляти собою різнопланові, багатовекторні наслідки правового характеру. Проходження точки біфуркації свідчить про те, що безперервна до цього моменту траєкторія еволюції складної системи розгалужується: після біфуркації система еволюціонізує інакше ніж до біфуркації. За такого підходу змінюється відношення до традиційного для соціологічної школи кримінального права погляду, що набув ознак юридичної аксіоми, відповідно до якого порушення норми права і відсутність санкції за це призводить до соціального деконтролю і фактичної ресоціалізації. З представниками соціологічної школи можна погодитися тільки в одному, відповідь на вчинений злочин повинна бути обов'язковою, але така відповідь повинна мати багатовекторний характер, що розширює можливості щодо визначення адекватної відповіді, яка найбільш повно відповідала самому виклику. За вказаних умов встановлення альтернативних по відношенню до кримінальної відповідальності заходів і пошук нових форм впливу на поведінку правопорушника представляється достатньо актуальним.

Етимологія терміну "альтернатива" пов'язується з сучасним французьким терміном alternative, який у свою чергу походить від латинського alterno – чергую, змінюю, і має загальний зміст, який охоплює необхідність вибору між двома або кількома можливостями, що виключають одна одну; кожну з цих можливостей. Спеціальний юридичний зміст терміну вказує на наявність декількох юридичних можливостей або ознак, використання однієї з яких виключає можливість застосування іншої.

Дослідження проблеми альтернатив кримінальній відповідальності de lege lata вимагає однозначної відповіді на питання фактичної наявності такої альтернативи у діючому кримінальному праві. Відповідь на питання, чи існують альтернативи кримінальній відповідальності в умовах існування сучасного українського кримінального права, може бути виключно негативною за таких

© О.В. Козаченко, 2010

міркувань. Загальновизнаною в теорії права є точка зору, відповідно до якої юридична відповідальність в цілому, та її види, зокрема, має амбівалентний характер, який проявляється у наявній позитивній (перспективній) і негативній (ретроспективній) відповідальності, які у своїй сукупності утворюють загальний режим юридичного впливу на особу, що вчинила правопорушення.

При всій різноманітності висловлених в теорії права поглядів на зміст позитивної відповідальності, можна зробити висновок, що більшість з них вписуються у контури юридичної відповідальності як способу закріплення юридичних обов'язків дотримання правових норм, що реалізуються у правомірній поведінці суб'єктів відповідальності схваленої або заохочувальної державою. Відносно кримінального права позитивна відповідальність виражається, з одного боку, у встановленні обставин, які виключають злочинність діяння, а з іншого, у недопущенні діянь, заборонених в нормах Особливої частини КК України. Аналіз змістовних ознак позитивної кримінальної відповідальності дає можливість зробити висновок, що альтернативи перспективної відповідальності у кримінальному праві відсутні, як відсутні особи, які звільнені від обов'язку не вчиняти дії злочинного характеру, навіть за умови, що такі особи наділені імунітетом від кримінальної відповідальності.

Ретроспективна юридична відповідальність характеризується застосуванням заходів впливу на особу, яка вчинила або здійснила приготування чи замах на вчинення правопорушення, і виражається у переживанні правопорушником певних обмежень правового характеру, які ця особа не переживала, якщо вела б себе правомірно. Багатоваріантність підходів представників різних правових шкіл до визначення форм негативної кримінальної відповідальності не дає можливості зробити однозначний висновок про їх кількість, однак представляється, що кримінальне покарання, яке за своїм змістом полягає у застосуванні на підставі обвинувального вироку певних страждань особі, визнаної винною у вчиненні злочину, обмеження її майнових інтересів, обмеження волі та обмеження у використанні інших соціальних благ, і судимість як певний правовий стан особи, яка була піддана покаранню, що виражається у встановленні для особи цілої низки негативних правових наслідків протягом визначеного в законі строку, повинні бути віднесені до форм ретроспективної кримінальної відповідальності. Діючим кримінальним законодавством альтернативи судимості, як форми ретроспективної кримінальної відповідальності, не передбачені, тому логічним є висновок, відповідно до якого має сенс говорити виключно про альтернативу кримінальному покаранню.

Таким чином, у сучасному кримінальному праві України відсутні альтернативи кримінальній відповідальності в цілому, а кримінально-правові заходи мають альтернативний характер тільки по відношенню до кримінального покарання, як окремої форми кримінальної відповідальності, якою зміст кримінальної відповідальності не вичерпується.

Правова природа заходів альтернативного, по відношенню до кримінального покарання, характеру, не достатньо досліджена у зв'язку з відсутністю уваги з боку науковців саме до проблем нормативного визначення заходів, які мають

кримінально-правову природу, але не характеризуються ознаками кримінальної відповідальності. Пропонується такі засоби впливу на поведінку особи визначати як "інші кримінально-правові заходи", під якими слід розуміти передбачені Кримінальним кодексом (Загальною і Особливою частинами)[1] засоби впливу на поведінку особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння з метою відновлення порушеного права, надання медичної допомоги, перевиховання. Однак не всі інші кримінально-правові заходи мають альтернативний, навіть по відношенню до кримінального покарання, характер.

До кримінально-правових заходів загального рівня, які мають альтернативний до кримінального покарання характер, відносяться, по-перше, примусові заходи виховного характеру, які застосовуються до осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності, але яким не виповнилося вісімнадцяти років на момент вирішення питання про застосування примусових заходів виховного характеру, по-друге, примусові заходи медичного характеру, які застосовуються до осіб, визнаних обмежено осудними. При цьому необхідно враховувати, що вказані заходи мають альтернативний до покарання характер виключно за наявності вказаних умов. Так, не можна визнати альтернативними примусові заходи виховного характеру, які відповідно до ст. 7-3 КПК [2, ст. 7] України призначаються особам, що вчинили суспільно небезпечне діяння, досягнувши одинадцятирічного віку і не досягнувши віку кримінальної відповідальності. Примусові заходи медичного характеру, на перший погляд, не можуть бути віднесені до альтернативних заходів, оскільки відповідно до ст. 93 КК України вони застосовуються до осіб, які вчинили злочин у стані неосудності, обмеженої осудності, після вчинення злочину захворіли психічною хворобою до постановлення вироку або під час відбуття покарання. Дійсно, застосування примусових заходів медичного характеру відносно неосудних осіб не може розглядатися в якості альтернативи кримінальній відповідальності, оскільки неосудність виключає кримінальну відповідальність взагалі (ч. 2 ст. 19 КК України). Що стосується застосування аналогічних примусових заходів відносно обмежено осудних осіб, то вони мають альтернативний характер, який визначається положенням ст. 20 КК України в частині 2 якої суду надається право призначити примусові заходи медичного характеру такій особі.

Що стосується можливості застосування альтернативних заходів на одиничному рівні – рівні окремого складу злочину (такий рівень виводиться на підставі визнання існування загального рівня – Особливої частини КК України, особливого рівня – в межах окремого розділу Особливої частини), то вона діючим законодавством не передбачена, оскільки заохочувальні норми з елементами дійового каяття не мають альтернативного характеру, а застосовуються на засадах імперативності. Не визначаються альтернативним характером і заходи, які призначаються відповідно до санкцій окремих статей поряд з покаранням. Так, наприклад, відповідно до санкції статті кримінального закону, в якій передбачена відповідальність за вчинення контрабанди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 305 КК України), поряд

з видами кримінальних покарань, визначених в Загальній частині КК України, використовується захід, який не має ознак покарання – конфіскація предметів контрабанди, але застосовується на додаток до покарання і тому не має самостійного, а значить, і, альтернативного характеру.

Нормативне визначення альтернативних, по відношенню до кримінальної відповідальності, форм впливу на злочинця повинно розглядатися в якості одного з напрямків гуманізації кримінального законодавства і вдосконалення принципу адекватності застосування кримінально-правових заходів відповідно до тяжкості вчиненого злочину і особистості злочинця. Оптимізація зазначеного принципу кримінального права в умовах сучасності вимагає відмовитися від погляду на кримінальну відповідальність як на єдину відповідь з боку держави на факт вчинення злочину і вимагає нормативного забезпечення застосування інших заходів, які не характеризуються ознаками позбавлень, притаманних кримінальній відповідальності.

Крім того, застосування альтернатив кримінальній відповідальності заходів, вкладається в схему подальшого генезису кримінального права на засадах антроподицеї. Антроподицея, як світоглядна позиція, на якій повинна здійснюватися розбудова сучасного кримінального права, орієнтує кримінально-правові встановлення не тільки, і не стільки на укріплення публічних засад і охоронної функції кримінального права, скільки на встановлення засад відновлювальної юстиції, за допомогою якої буде відновлена та соціальна ситуація, яка існувала до вчинення злочину і якій була заподіяна шкода вчиненням злочину. Таким чином, антроподицея диктує домінування ознак відновлювальної юстиції і депеналізації, за якими визнається пріоритетність при формуванні законодавчих приписів. Якщо депеналізація безпосередньо не пов'язана з пошуком альтернативних форм кримінальної відповідальності, то відновлювальна юстиція, в першу чергу, вимагає забезпечення прав потерпілої особи в пріоритетному порядку, що повинно здійснюватися в умовах застосування альтернативних по відношенню до кримінальної відповідальності заходів.

Альтернативні заходи за своєю юридичною природою визначаються певною амбівалентністю нормативного змісту, яка знаходить відображення в положеннях матеріального і процесуального характеру. Таким чином, інститут альтернативних, по відношенню до кримінальної відповідальності, заходів має комплексний характер, оскільки його зміст визначається положеннями як кримінального, так і кримінально-процесуального законодавства.

Матеріальна складова характеризується визначенням підстав відмови від застосування кримінальної відповідальності за умови застосування інших кримінально-правових заходів. При цьому кримінально-правові заходи і кримінальна відповідальність мають однопорядковий характер, визначений їх правовою суттю, яка полягає в тому, що і притягнення до кримінальної відповідальності, і застосування інших кримінально-правових заходів, які не характеризуються ознаками позбавлень, притаманних відповідальності, виступають законними формами реагування держави в особі повноважних органів на факт вчинення злочину.

Процесуальна складова визначається дискреційними засадами діяльності суб'єктів кримінального процесу, серед яких виключно суд має можливість приймати рішення на власний розсуд, тобто на дискреційних засадах. Вказаних можливостей на сьогодні позбавлені органи досудового розслідування і прокурор, які не можуть приймати рішення про закриття провадження у кримінальних справах з нереабілітуючих обставин, яке виноситься на засадах дискреції, а наявні повноваження здійснювати закриття кримінальних справ з реабілітуючих обставин реалізуються на імперативних засадах, оскільки, наприклад, відсутність складу злочину виключає можливість подальшого провадження взагалі і ніякого права вибору на прийняття того або іншого рішення не породжує.

Матеріальна і процесуальна складові є невід'ємними елементами інституту альтернативи кримінальній відповідальності, оскільки, як показує практика застосування комплексних інститутів, положення однієї галузі права не завжди погоджуються з положеннями іншої, що породжує правові колізії. Достатньо репрезентативним прикладом такого стану речей є використання у санкціях окремих статей кримінального закону вказівок на застосування кримінально-правових заходів, направлених на конфіскацію предметів злочинів. І навіть питання не в тому, що правова природа таких заходів діючим законодавством не визначається, оскільки такий вид конфіскації немає ніякого відношення до конфіскація майна, а в тому, що доцільність нормативного закріплення у санкціях відповідних статей таких заходів взагалі відсутня. Наприклад, у ст. 305 КК України передбачена конфіскація предметів контрабанди – наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, причому правова природа такої конфіскації не визначена: нормативне закріплення в санкції статті Особливої частини не дозволяє зробити висновок про те, що такий вид конфіскації є видом покарання, оскільки в переліку покарань конфіскація предметів злочинів не передбачена (ст. 51 КК України). А надлишковість деталізації законодавцем питання конфіскації предметів контрабанди доводиться тим, що відповідно до ст. 78 КПК України предмети контрабанди відносяться до речових доказів, які вилучаються, приєднуються до кримінальної справи і подальша доля яких вирішується судом у вироку.

Таким чином, подальше розширення перспектив застосування альтернативних заходів вимагає системного корегування як матеріального, так і процесуального законодавства на засадах узгодженості правових приписів.

Література

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26. – Ст. 131.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1961. – №2. – Ст. 15.

Анотація

Козаченко О.В. **Альтернативи кримінальній відповідальності в механізмі кримінально-правового впливу.** – Стаття.

Дослідження проблеми визначення у діючому законодавстві альтернативних заходів впливу на особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, обґрунтовується значним поширенням наукової концепції, яка пропонує відмовитися від спрощеного погляду на юридичну практику, що вкладається в лінійні причинно-слідчі зв'язки, відповідно до яких у кримінальному праві вчинення злочинного діяння є передумовою застосування виключно кримінальної відповідальності.

Ключові слова: альтернативи кримінальній відповідальності.

Summary

Kozachenko O.V. **Alternatives of criminal liability in the mechanism of criminal influence.** – Article.

In the current legislation the researching of a problem of definition to the alternative measures of influence on the person who has made socially dangerous action is proved by considerable distribution of the scientific concept. It suggests to refuse the simplified sight at legal practice which is put in linear relationships according to which the fulfillment of criminal act is the application precondition of exclusively criminal liability in criminal law.

Key words: criminal responsibility alternatives.

УДК 343.263.2

І.М. Горбачова

"ДОМАШНІЙ АРЕШТ" ЯК АЛЬТЕРНАТИВА ПОКАРАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ПОЗБАВЛЕННЯМ ВОЛІ ОСОБИ

Враховуючи принцип економії заходів державного примусу у протидії злочинності, сучасне вітчизняне кримінальне законодавство рекомендує здійснювати цю діяльність шляхом найбільш раціонального й ощадливого використання заходів кримінально-правового впливу, особливо пов'язаних з позбавленням волі. Інакше кажучи, необхідно прагнути до того, щоб у випадках, коли це можливо, меншими кримінально-правовими засобами домагатися більших результатів. При цьому, враховуючи і іноземний досвід протидії злочинності, це стосується не тільки обрання більш м'яких видів покарання, а й застосування у певних випадках інших заходів кримінально-правового впливу, вільних від елементів кари. В цьому аспекті пошук альтернативних кримінально-правових заходів впливу на особу, яка вчинила злочин, представляє інтерес у дослідженні.

Дослідженню окремих питань застосування альтернативних покаранню заходів останнім часом приділяють увагу В.К. Дуюнов, О.В. Козаченко, І.Д. Козочкін, Н.Є. Крилова, В.О. Меркулова, Б.С. Решетніков, А.В. Серебренікова, М.В. Щедрін, А.В. Савченко, В.О. Туляков, М.І. Хавронюк.

Нагляд за особами, які представляють суспільну небезпеку, через вчинення ними небезпечних діянь, досить популярний кримінально-правовий захід,

© І.М. Горбачова, 2010

передбачений законодавством майже всіх зарубіжних країн. Здебільшого, встановлення нагляду обумовлюється необхідністю здійснення контролю та нагляду за особами, що звільнилися з місць позбавлення волі або при звільненні з випробуванням. Втім, в деяких випадках встановлення нагляду (домашній арешт, електронний моніторинг, тримання у режимі напівволі) передбачений в якості альтернативного покаранню заходу або альтернативного виду покарання.

Наприклад, Магістратські суди Великої Британії наділені правом видавати накази превентивного характеру, метою яких є попередження злочинів та інших діянь, які порушують суспільний лад. Відповідно до ст.1 Закону про злочин та покарання 1997 р., органи місцевого самоврядування або начальник поліції наділені правом звернення до суду з питання видачі наказу про заборону "антисоціальної поведінки", стосовно особи, якій виповнилося 10 років, і дії якої завдають або можуть завдати неспокій оточуючим, на строк не менше 2 років [1]. Відповідно до Закону про статеві злочини 2003 р. [2], якщо є підстави вважати особу схильною до вчинення статевих злочинів (в т.ч. і вчинення їх неосудною особою), і наказ є необхідним для захисту суспільства від посягання з боку такої особи, строк дії наказу може бути збільшений до 5 років. Видання ордеру Asbo ("antisocial behaviour order", тобто "санкції за антигромадську поведінку") покладає на правопорушника досить суворі обмеження: заборона проведення часу у певній компанії, з'являтися на певній території або виходити з будинку після певної години. Порушення Asbo може каратися штрафом у розмірі до п'яти тисяч фунтів стерлінгів або тюремним ув'язненням для повнолітніх осіб строком до п'яти років [2].

Федеральне кримінальне законодавство США в якості кримінально правових заходів передбачає застосування домашнього арешту та електронний моніторинг. А.В. Савченко, відносячи їх до підвидів громадських обмежень, альтернативних видів покарань, вказує, що домашній арешт (особа постійно перебуває у своєму помешканні за виключенням випадків, визначених службою пробації) може призначатися як умова пробації, і як альтернатива тюремному ув'язненню [3, с. 297].

І.Д. Козочкін, називаючи "чисто американським" кримінально-правовим заходом безпеки, виділяє такий різновид нагляду як електронний моніторинг злочинців [4, с. 13]. Вперше ідея його застосування була реалізована у 1979 році, але тільки у 1994 році вона набула свого відтворення в штаті Флорида, завдяки удосконаленню конструкції "браслета" та комп'ютеризації центру нагляду, які дозволяли вести нагляд за об'єктом із відстані 3 тисячі кілометрів. Різновидом дистанційного нагляду є домашній арешт з електронним моніторингом, що дозволяє особі вести майже повноцінне життя – працювати, відпочивати, з певними обмеженнями. Застосування електронного моніторингу дозволяє вирішити проблему з розвантаження в'язниць, не деморалізує засуджену особу, і є економічно вигідним, оскільки всі витрати на придбання "браслета" та з нагляду несе сама засуджена особа (в штаті Каліфорнії це складає 16 американських доларів на день, за іншими даними – 13,50 доларів на добу [3, с. 298].

У противному випадку, якщо засуджений відмовляється від встановлення за ним електронного моніторингу, він повертається до в'язниці. Постійний моніторинг може вестися також щодо осіб, які були умовно звільнені від відбування покарання, а також стосовно звільнених із місця позбавлення волі, в тому числі умовно-достроково (відповідно до положень Anti-social Behavior Act 2003 [5]).

За кримінальним законодавством Франції, Швейцарії, ФРН, Італії, КК Республіки Сан-Марино встановлення нагляду визнається як захід безпеки, або як інший захід кримінально-правового впливу, відмінний від покарання (КК Республіки Польща, Республіка Білорусь).

Встановлення нагляду, як заходу безпеки, в кримінальним законодавством ФРН розуміється як передача засудженого під нагляд відповідному органу. § 68 КК ФРН відмежовує від нагляду, що встановлюється за особою, якій була призначена відстрочка відбування заходів виправлення та безпеки, пов'язаних з ізоляцією від суспільства [6, с.103]. Встановлення нагляду як заходу виправлення та безпеки можливе за умови вчинення особою суспільно небезпечного злочинного діяння, за яке законом спеціально передбачено встановлення такого нагляду та покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менше 6 місяців, й існує небезпека вчинення особою нових злочинних діянь у майбутньому. При призначенні нагляду (від 2 до 5 років) за особою в порядку, визначеному § 68 КК, суд встановлює різного роду заборони, які обмежують поведінку особи, та обов'язки, які особа повинна неухильно виконувати (§ 68 b КК ФРН). § 68 c КК ФРН дозволяє суду призначити і безстроковий нагляд у випадку, якщо засуджений не дотримується вказівки проходження лікування, і існують підстави вважати, що особа може вчинити у майбутньому небезпечні злочинні діяння [6, с. 104-105].

Встановлення нагляду за КК Італії передбачено як захід безпеки, тривалість якого не може бути меншою за 1 рік. Особі, що знаходиться під наглядом, суддя приписує правила поведінки шляхом залучення до праці, з метою утримати від вчинення кримінальних правопорушень у майбутньому (ст. 228 КК Італії). При призначенні нагляду за особою суд може обмежити її поведінку, встановивши правообмеження чи обов'язки, схожі з обмеженнями, передбаченими для аналогічного заходу безпеки за КК ФРН. Кримінальний Кодекс Республіки Сан-Марино надає суду можливість запропонувати різні види нагляду і накласти конкретні зобов'язання з метою перешкоджання появі можливості вчинення особою нового злочину й сприяти її залученню в громадське життя – такий захід може застосовуватися в періоди відпустки або відстрочки виконання покарання або заходу безпеки (ст. 126 КК). В кримінальному праві Франції в межах інституту пробації передбачено застосування заходів контролю – обов'язок дотримання певних додаткових обмежень, які суд, що виносить обвинувальний вирок, поруч з виконанням покарання може покласти на засуджену особу.

Федеральний закон РФ від 27 грудня 2009 р. № 377-ФЗ "Про внесення змін в окремі законодавчі акти РФ ... про покарання у вигляді обмеження волі", який набув чинності 01.01.2010 р., ввів до системи покарань РФ новий вид покарання, альтернативний позбавленню волі, – обмеження волі, який за своїм змістом

цілком відрізняється від змісту цього виду покарання за ст. 61 КК України та попередньою редакцією ст. 53 КК РФ. Згідно до цієї статті обмеження волі полягає у встановленні судом засудженому наступних обмежень: не покидати будинок (інше житло) у певний час доби, не відвідувати певні місця та не виїжджати за межі, розташовані в межах певної території, не відвідувати місця проведення масових і інших заходів і не брати участь у зазначених заходах, не змінювати місце проживання або перебування, місце роботи й (або) навчання без згоди спеціалізованого державного органа, що здійснює нагляд за відбуванням засудженими покарання у вигляді обмеження волі [7]. Передбачено, що цей вид покарання призначається: як основний вид – на строк від 2 місяців до 4 років за злочини невеликої тяжкості й злочини середньої тяжкості, і як додатковий до позбавлення волі у випадках, передбачених відповідними статтями Особливої частини КК – на строк від 6 місяців до 2 років. Крім того, ст. 60 КВК РФ зазначає, що нагляд за відбуванням засудженими покарання у вигляді обмеження волі полягає в спостереженні за поведінкою засуджених, дотримання ними встановлених судом обмежень, для забезпечення чого кримінально-виконавчі інспекції мають право використати аудіовізуальні, електронні й інші технічні засоби нагляду й контролю.

Введення в українську практику схожого за змістом кримінально-правового заходу сприяє не тільки підвищенню гуманізму до осіб, які вчинили злочини, дозволяє вирішити проблему з розвантаженням в'язниць, але й сприяє, уникаючи застосування надто суворих заходів впливу (економії репресії), створювати ефективні умови для досягнення мети попередження дій, що порушують (або здатні порушити) інтереси інших осіб, суспільства, держави, усунення передумов криміногенності ситуації, попередження вчинення особою, до якої вони застосовуються, нових суспільно небезпечних діянь, а також захист прав та інтересів суспільства і держави від суспільно небезпечних посягань з боку такої особи.

Виникає питання, в якості якого кримінально-правового заходу, доцільним було б його передбачити. Не можна просто "запозичити" російське "бачення" сутності цього виду заходу, оскільки за характером впливу "обмеження волі" за КК РФ в ред. 01.01.2010 р. та "обмеження волі" за КК України 2001р. суттєво різняться (наприклад, за ст. 61 КК України обмеження волі пов'язане з трудовим впливом на засудженого, домашній арешт – ні).

На користь визнання встановлення нагляду з електронним спостереженням (що по суті відповідає "обмеженню волі" за російським КК, "електронному моніторингу" США, "встановленню нагляду" за КК ФРН та ін.) в якості заходу безпеки, свідчить, в першу чергу, ефективність та практика застосування схожого заходу зарубіжними країнами. Крім того, застосування заходів безпеки, на відміну від покарання, не обмежується певним строком, воно триває до сплину "небезпечного стану" індивіда [8, с. 113], цей вид правового обмеження використовується саме для припинення шкідливого впливу джерела підвищеної небезпеки і захисту об'єкта підвищеної охорони, що за своїми основними ознаками істотно відрізняється від інших видів правового обмеження – заходів покарання і відновлення (М.В. Щедрін) [9, с. 56]. Визнання такого заходу в

якості заходу безпеки дозволяє спрямувати цей захід на нейтралізацію особи, що вчинила суспільно небезпечне діяння або являє собою небезпеку для суспільства, попередження її можливої протиправної поведінки без ізоляції і, по можливості, її виправлення. До того ж, його можна застосовувати як поруч із покаранням так і замість покарання, в тому числі і при звільненні особи від кримінальної відповідальності (як умовний вид звільнення).

Таким чином, до осіб, які вчинили злочинне діяння (невеликої та середньої тяжкості, так само вчинений повторно чи рецидив злочину), поруч із покаранням або, у певних випадках, замість нього, доцільно передбачити можливість застосування судом в якості іншого заходу кримінально-правового характеру - встановлення нагляду з електронним спостереженням (система тимчасових примусових заходів контролю та спостереження за поведінкою окремих осіб, не пов'язаних з позбавленням волі, з метою недопущення вчинення такими особами повторних злочинів, а також захисту людини, суспільства, держави від злочинних посягань з боку такої особи). При цьому, всі витрати на здійснення нагляду слід покласти на особу, до якої вони застосовуються. Такий захід можна призначати будь-якій особі, незалежно від віку, але з її згоди. У випадку, якщо особа не згодна із застосуванням до неї такого нагляду, суд застосовує до особи покарання, передбачене санкцією статті, що встановлює відповідальність за вчинений злочин.

При встановленні нагляду суд може зобов'язати особу на певний строк: виконувати розпорядження щодо місця перебування, здобуття освіти, працевлаштування, встановити обмеження щодо проведення вільного часу; з'являтися в певний час до суду або у інше визначене місце; не вступати в контакти з певними особами; не володіти, не зберігати предмети, які заборонені до вільного обігу, або які можуть бути використані для вчинення злочину та ін. У випадку, коли існують підстави вважати, що особа, до якої встановлено нагляд, залишається небезпечною для суспільства, нагляд може бути продовжений за мотивованим рішенням суду, але не більше терміну, передбаченого законом для погашення або зняття судимості. Гарантією дотримання режиму нагляду з електронним спостереженням може бути загроза заміни встановленого нагляду покаранням у вигляді арешту та позбавлення волі.

Література

1. Crime and Punishment (Scotland) Act 1997 [Електронний ресурс]/ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1997/1997048.htm
2. Sexual Offences Act 2003 [Електронний ресурс]/ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/en/ukpgaen_20030042_en.pdf
3. Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правовое дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – 596 с.
4. Козочкин И.Д. Меры безопасности по уголовному праву США // Право и политика. – № 6. – 2000. – С. 7-14.
5. Anti-social Behaviour Act 2003 [Електронний ресурс] /http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-social_Behaviour_Act_2003.
6. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германия / Науч. ред. и пер. Д.А. Шестакова, Г.Г. Йешек. – СПб.: "Юридический центр Пресс", 2003. – 524 с.

7. Федеральный закон от 27 декабря 2009 г. N 377-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с введением в действие положений УК РФ и УИК РФ о наказании в виде ограничения свободы" /[Електронний ресурс] http://www.rg.ru/2009/12/30/arest-dok.html
8. Дуюнов В.К. Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. – Курск: РОСИ, 2000. – 504 с.
9. Щедрин Н.В. Введение в правовую теорию мер безопасности: Монография / Краснояр. госуд. ун-т. – Красноярск, 1999. – 180 с.

Анотація

Горбачова І.М. **"Домашній арешт" як альтернатива покарань, пов'язаних з позбавленням волі особи.** – Стаття.

Стаття присвячена питанню специфічних заходів (заходів безпеки в системі існуючих заходів попередження та протидії кримінальної поведінки особи) – домашній арешт (нагляд з електронним спостереженням) як система тимчасових заходів контролю и нагляду за поведінкою особи, не пов'язаний з позбавленням волі, з метою недопущення вчинення особою нових злочинів в майбутньому.

Ключові слова: домашній арешт.

Summary

Gorbachova I.M. **"Home arrest" as an alternative of punishments, related to deprevation of freedom.** – Article.

This article is about specific measure (security measures in the system of existing measures of the prevention and counteraction of criminal behaviour) – home arrest (electronic supervision) as a system of the temporal forced measures of control and individuals conduct supervision, unconnected with imprisonment, aiming to prevent further crimes.

Key words: home arrest.

УДК 343.27(470)

Ф.Р. Сундуров

"ИНЫЕ МЕРЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРА" В СИСТЕМЕ МЕР ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО УК РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В Уголовном кодексе Российской Федерации (УК РФ) [1] впервые наряду с наказанием используется понятие "иные меры уголовно-правового характера". В ч. 2 ст. 2 предусмотрено, что УК РФ для осуществления его задач устанавливает основание и принципы уголовной ответственности, определяет, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений. В связке с наказанием регламентированы иные меры уголовно-правового характера и в ч. 1 ст. 6 УК РФ, в которой раскрывается содержание справедливости как принципа уголовного законодательства или уголовной ответственности. Этим самым российский законодатель определил, что не только наказание, но и иные меры уголовно-правового характера могут реализовываться лишь в рамках уголовной ответственности.

© Ф.Р. Сундуров, 2010

Как это вытекает из приведенных выше положений УК, иные меры уголовно-правового характера находятся в одном логическом ряду с наказанием, они также назначаются только за преступления и должны быть справедливыми, то есть соответствовать тяжести преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. Но в отличии от наказания УК РФ не содержит определение понятия иных мер уголовно-правового характера. Нет в нем и соответствующей систематизации этих мер, как это сделано, например, в отношении видов наказаний (ст. 44).

Почему обозначенные меры именуются в законе иными? Это объясняется тем, что мерой (причем, основной) уголовно-правового характера является и наказание. Но в отличие от наказания иные меры уголовно-правового характера не предусмотрены в перечне видов наказаний [1, ст.ст. 44, 88] и не указываются в санкциях норм его Особенной части, они могут поэтому назначаться либо вместо наказания, или наряду с наказанием. Иначе говоря, они носят по отношению к наказанию альтернативный или дополняющий характер.

Хотя понятие иных мер уголовно-правового характера впервые закреплено в УК РФ, это, однако, не означает, что они не были известны российскому уголовному законодательству.

Введение этих уголовно-правовых мер в российское законодательство соответствует мировой тенденции их признания. Триумфальное закрепление условных мер уголовно-правового характера в законодательстве многих государств относится к XIX в. Выступая в качестве последовательного поборника введения в уголовное законодательство России условного осуждения, А.А. Пионтковский в 1908 г. писал, что “эволюционный процесс освобождения от грубых исторических наслоений еще не завершился; еще до сих пор телесные наказания и смертная казнь продолжают влачить свое существование; еще до сих пор тюрьма является в значительной степени не только школой порока и преступлений, но и местом земного ада, а такие гуманные морализирующего свойства карательные меры, как условное осуждение, едва лишь начинают проникать в карательные механизмы” [2, с. 3].

Несмотря на то, что в последующие сто лет уголовное законодательство многих стран отказалось от телесных наказаний и смертной казни, тем не менее и современное уголовное право нельзя признать лишенным прежних “пороков”. Особенно это касается России и ряда других государств, в которых необоснованно широко применяется лишение свободы, а места его отбывания и по настоящее время действительно сравнимы с “земным адом” и по-прежнему остаются “школой порока и преступлений”.

Идея, лежащая в основе эволюционных преобразований в уголовном законодательстве, осуществляемых с начала XIX в., очень проста в своем понимании и исключительно значима для успешного противостояния человеческого общества преступности. Она заключается в отказе не только от тех видов наказаний, фактически превращающих преступника в жертву уголовного правосудия, “омывающих кровью и страданиями” тех лиц, которые не заслуживают строгих мер наказания, но и в более значительном насыщении уголовно-правовых

средств мерами психологического воздействия на лиц, совершивших преступные деяния, в сочетании с правопоражениями, направленными на предупреждение преступлений.

Естественно, "морализация" уголовно-правовых средств борьбы с преступностью, то есть внедрение в уголовное законодательство альтернативных наказанию мер уголовно-правового характера, имеет свои пределы; они в первую очередь обусловливаются самим характером преступности. Поэтому данная проблема может быть успешно решена только в рамках углубления дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности и наказания, которые как не исключают назначение строгих мер наказания лицам, совершающим тяжкие, особо тяжкие преступления, признанным виновными в рецидиве, так и предполагают применение менее строгих, в том числе и альтернативных наказанию мер, лишенных его пороков.

Хотя в УК РФ иные (помимо наказания) меры уголовно-правового характера не систематизированы в отдельной главе, тем не менее на основе формально-логического анализа можно обозначить следующую их схему:

1) условное осуждение (ст.ст. 73, 74 УК РФ);

2) отсрочка отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей (ст. 82 УК РФ);

3) условно-досрочное освобождение от отбывания наказания (ст. 79 УК РФ);

4) освобождение от наказания несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия (ст. 91, 92 УК РФ);

5) принудительные меры медицинского характера, соединенные с исполнением наказания (ст. 104 УК РФ);

6) конфискация имущества (ст.ст. 104.1, 104.2, 104.3 УК РФ).

Первые четыре уголовно-правовые меры выступают по отношению к наказанию его альтернативой, а две последние назначаются наряду с наказанием, то есть они не могут признаваться самостоятельной формой реализации уголовной ответственности.

Указанные меры уголовно-правового характера имеют различное содержание и различную юридическую природу. Они отличаются друг от друга по основаниям и порядку применения. Однако они имеют и много общего. Любая иная мера уголовно-правового характера является мерой государственного принуждения, то есть применяемой не с согласия осужденного, а в принудительном порядке, а ее реализация обеспечивается деятельностью соответствующих органов государства. Наиболее существенное заключается в том, что в иных мерах уголовно-правового характера, как и в наказании, выражается порицание от имени государства, то есть государственное осуждение преступления и лица, его совершившего. Материальным основанием применения иных мер уголовно-правового характера, как и назначения наказания, является признание лица виновным в совершении преступления. Причем в каждом конкретном случае суд имеет формальное основание назначить наказание, предусмотренное санкцией статьи Особенной части УК РФ, однако с учетом конкретных обстоятельств, характеризующих преступление и личность виновного, он признает целесооб-

разным назначение иной меры уголовно-правового характера. Тем самым суд назначает или наказание, подлежащее реальному исполнению, или какую-то меру уголовно-правового характера. Но в этом правиле имеется одно исключение, касающееся условного осуждения, которое сочетает в себе меру уголовно-правового характера – условное осуждение к основному наказанию и дополнительное наказание, подлежащее реальному исполнению.

По таким признакам, как: 1) связь с уголовной ответственностью; 2) принудительный характер воздействия; 3) применение от имени государства; 4) назначение по приговору суда; 5) материальному основанию применения (преступление), иные уголовно-правовые меры по общему правилу не отличаются от наказания (хотя и здесь имеется определенная их специфика).

Наиболее зримым отличием иных мер уголовно-правового характера выступает то, что они не включены в законодательный перечень видов наказаний. Если к наказанию можно отнести только те уголовно-правовые меры, которые включены в перечень видов наказаний, предусмотренных ст. 44 УК РФ, то все иные меры уголовно-правового характера находятся вне его пределов. Кроме того, эти меры не указываются и в санкциях статей Особенной части УК РФ; в них, как известно, содержатся только виды (или вид) наказаний с указанием их конкретных сроков и размеров.

Наиболее существенным отличием иных мер уголовно-правового характера от наказания является то, что они лишены карательной направленности, поскольку не могут вызывать страдания у осужденного их социально-правовое предназначение заключается в достижении целей исправления осужденного и предупреждения новых преступлений некарательными средствами. Если при исполнении наказания осуществляется более глубокое и интенсивное воздействие на сознание осужденного, называемое карательным, и тем самым реализуется его исправительный и предупредительный потенциал, то при применении альтернативных мер уголовно-правового характера правоограничения, налагаемые на осужденного, вызваны необходимостью поставить его в определенные рамки и обеспечить достижение целей восстановления социальной справедливости (если они применяются на основе обвинительного приговора суда), исправления осужденного и предупреждения новых преступлений на основе либо самого факта государственного порицания, дополняемого в некоторых случаях возложением на лицо соответствующих обязанностей (ч. 2 ст.73 УК РФ), либо путем психологического воздействия, то есть угрозы реального исполнения основного наказания, также сочетаемого в некоторых случаях с возложением определенных обязанностей и (или) с назначением дополнительного(ых) наказания (ий) лицу, признанному виновным в совершении преступления.

Итак, иные меры уголовно-правового характера – это предусмотренные Общей частью УК РФ, назначаемые по обвинительному приговору суда либо в процессе исполнения наказания альтернативные наказанию либо дополняющие его меры (средства), заключающие в себе государственное порицание преступления и лица его совершившего, материализуемое в правоограничениях

некарательного характера, направленное на достижение, прежде всего, целей исправления осужденного и предупреждения новых преступлений.

Недостаточно последовательная систематизация и регламентация в УК РФ целей иных мер уголовно-правового характера порождают трудности в их применении, создают коллизии между условным осуждением и принудительными мерами воспитательного воздействия, а также отсрочкой отбывания наказания (ст. 82 УК РФ).

Вызывает ряд вопросов регламентация в УК РФ условного осуждения, которое в последние годы среди всех мер уголовной ответственности занимало в судебной практике свыше 50 %. Высокий удельный вес условного осуждения – это закономерный результат гуманизации уголовной политики. В то же время он свидетельствует и об определенном несовершенстве системы наказаний, например, до 2005 г. суды могли назначать в качестве основных три общих вида наказаний (штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью и лишение свободы (на определенный срок либо пожизненное). Ограниченность ресурса наказаний, не связанных с изоляцией от общества, суды вынуждены преодолевать за счет применения, в том, числе и не всегда обоснованного с точки зрения задач уголовного законодательства, условного осуждения.

Упорядочиванию практики назначения условного осуждения способствовало бы и сужение сферы его применения. В соответствии с ч. 1 ст. 73 УК РФ оно может применяться при назначении исправительных работ, ограничения по военной службе, содержания в дисциплинарной воинской части или лишения свободы на срок до 8 лет. Иначе говоря, оно может назначаться и лицам, осужденным за тяжкие и даже особо тяжкие преступления. Думается, любому специалисту понятно, что назначение условного осуждения лицу, виновным в тяжких, особо тяжких преступлениях, тем более если он ранее привлекался к уголовной ответственности, такит в себе угрозу нарушения принципа неотвратимости ответственности, создает иллюзию безнаказанности.

В этом отношении более предпочтительной представляется регламентации освобождения от отбывания наказания с испытанием в УК Украины, в ч. 1 ст. 75 которого допускается такое освобождение при назначении лишения свободы на срок не более 5 лет. Еще более сдержанную позицию занимают авторы УК ФРГ. В соответствии с §56 этого Кодекса приостановление наказания в виде лишения свободы возможно лишь при его назначении на срок не более одного года, а при наличии особых обстоятельств – на срок до двух лет.

В УК РФ, как впрочем и в УК Украины и большинства государств СНГ, условное осуждение увязывается с возможностью достижения исправления осужденного, а не всех целей наказания. Исправление осужденного – это своего рода “священная корова”, заимствованная новыми государствами из советского законодательства. Поскольку исправление предполагает глубинные изменения в личности осужденного, установить которые можно лишь “лабораторным” путем, поэтому было бы предпочтительным обусловить применение условного осуждения как альтернативной наказанию меры возможностью достижения

целей предупреждения совершения новых преступлений, а также восстановления социальной справедливости, учитывая, в частности, поведение виновного, возмещение им причиненного преступлением вреда и др.

Что же касается отсрочки отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей, то в ст. 82 УК РФ ее применение не обусловливается никакими обстоятельствами, характеризующими преступление, обстоятельства его совершения и личность виновного (кроме беременности и наличия малолетних детей). А между тем в ч. 1 данной статьи использована фраза “суд может”. Иначе говоря, суд может отсрочить реальное отбывание наказания, а может и воздержаться от такого решения. Но спрашивается, какие критерии должны учитываться при этом, какими целевыми установками должен руководствоваться суд? Ответов на эти вопросы нормы, регламентированные в ст. 82 УК РФ, не содержат.

На наш взгляд, законодательное регулирование любой уголовно-правовой меры предполагает исчерпывающую регламентацию в законе ее целей, оснований, критериев и соответствующих правил ее назначения. Поэтому в упомянутой статье УК РФ следовало бы увязать возможность применения отсрочки отбывания наказания со всеми теми же критериями, которые предусмотрены при регламентации условного осуждения (ст. 73 УК РФ).

Нельзя также не отметить некоторые несогласованности между нормами УК РФ, регулирующими иные меры уголовно-правового характера и отдельные виды наказаний. Они нередко возникают в связи с вносимыми изменениями в УК. Например, с введением в действие в соответствии с Федеральным законом РФ от 27 декабря 2009 г. №377-ФЗ положений о наказании в виде ограничения свободы в новой его редакции (ст. 53) возникает вопрос об определении его места в системе мер уголовно-правового характера. В частности, в судебной практике, на наш взгляд, возникнут трудности относительно того, в каких случаях назначить ограничение свободы (а оно может назначаться в качестве основного наказания только за преступления небольшой и средней тяжести), а в каких – условное осуждение, применяемое по общему правилу за эти же преступления.

Кроме того, в отличие от ограничения свободы как основного вида наказания условное осуждение может применяться и за тяжкие и даже особо тяжкие преступления, однако более строгий и тщательный надзор, в том числе с использованием аудиовизуальных, электронных и иных технических средств, установлен за осужденными к ограничению свободы. При осуществлении контроля за поведением условно осужденных использование таких средств не предусмотрено.

Не допускается использование аудиовизуальных, электронных и иных технических средств и при осуществлении контроля за поведением лиц, освобожденных условно-досрочно (ст. 79 УК РФ), а межу тем закон не предусматривает запрет на применение условно-досрочного освобождения в отношении осужденных за тяжкие, особо тяжкие преступления, особо опасный рецидив и даже отбывающих лишение свободы пожизненно.

Литература

1. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996.[электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/popular/ukrf/
2. Пионтковский А.А. Смертная казнь в Европе. – Казань: Изд-во Императорского Университета, 1908. – С. 3.

Анотація

Сундуров Ф.Р. **"Інші заходи кримінально-правового характеру" у системі заходів відповідальності за КК Російської Федерації.** – Стаття.

Інші заходи кримінально-правового характеру носять по відношенню до покарання альтернативний або доповнює характер. Найбільш істотною відмінністю інших заходів кримінально-правового характеру від покарання є те, що вони позбавлені каральної спрямованості. Недостатньо послідовна систематизація і регламентація в КК РФ цілей інших заходів кримінально-правового характеру породжують труднощі в їх застосуванні, створюють колізії між умовним засудженням і примусовими заходами виховного впливу, а також відстрочкою відбування покарання.

Ключові слова: заходи кримінально-правового характеру.

Summary

Sundurov F.R. **"Other measures of criminal and legal character" in the system of responsibility measures under the Criminal Code of Russian Federation.** – Article.

Other measures of criminal-legal character have alternative or supplements character in contrast to punishment. The most essential difference of other measures is that they are deprived from the retaliatory orientation. Insufficiently consecutive ordering and regulation of the purposes of other measures of criminal-legal character generate difficulties at them application, create collisions between conditional condemnation and measures of compulsion of educational influence and also a delay of departure of punishment in the criminal code of Russian Federation.

Key words: measures of criminal-legal character.

УДК 343.121.4(436):343.988

Maria Eder-Rieder

PROTECTION OF THE VICTIMS OF CRIME IN THE AUSTRIAN CRIMINAL PROCEEDING

I. Development of Victim Rights

During the last 25 years the position of victims of crimes and their support and rights in the criminal proceeding has been discussed profoundly on international and national level.

1) International and European Level

On the International and European level the central documents are the "UN-Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power" (1985) and the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe about the Position of victims in criminal proceedings of the 28th July 1985 (R 85 11). The European Union set into force the Council Framework Decision

© Maria Eder-Rieder, 2010

of the 15th March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2002/220/JHA, ABl Nr L 82/1), which contains minimum standards on the protection of the victims of crimes. In this framework four main aspects of the rights of victims are laid down: The participation in trial, the rights of victims and their relatives, protection and restoration[1].

According to the Council Directives of the 16th October for compensation of victims of criminal acts (KOM 20002 562 2002/0247 CNS) minimum standards for an adequate compensation of damages should be provided by the national law and the access to restoration should be made more easy.

These European standards should be implemented in the national law systems to improve the situation of crime victims and to standardize their status in Europe.

2) The development in Austria

In Austria the position and protection of victims of a crime has been developed and improved constantly during the last 25 years. The different aspect of this improvement is shown in many amendments to the Criminal Code (StGB) and Criminal Procedure Code (StPO). The aim was to ameliorate the position of the crime victims and support them in the criminal proceeding. Particularly the most vulnerable victims of sexual abuse or abuse of power harmed with traumatic experiences and post-traumatic symptoms have sensitized the general public and academic teaching, politics and legislation. Their protection and support was demanded highly and caused new reforms of the Criminal Code and Criminal Procedure Code (BGBl 1987/605, 1993/526, BGBl I 1997/105, I 1998/153, 2004/19, I 2007/93 and I 2009/52) that have step by step enlarged the right of protection and participation in pre-trial and trial and the possibility of restoration of damages in the criminal proceeding. The implementation of the penal mediation system ("Diversion") in pre-trial stage (BGBl I 1999/55) in particularly the "extra-judicial settlement" ("Außergerichtlicher Tatausgleich") offers furthermore a stronger participation for the crime victims and the possibility for compensation (§§ 198 ff StPO)[2].

Apart from penal law the "Protection of Victims of Abuse of Power" (1. and 2. Gewaltschutzgesetz", BGBl 1996/759 and BGBl I 2009/40) provides a preventive safeguard in cause of abuse of power in the family. In that case the police or a judge may demand from the violator to stay off the victim for some time[3]. Further the possibility of a better compensation including material and immaterial damages was put in the Private Code (§ 1328 ABGB).

In the new Penal Procedure Code (BGBl I 2004/19) which was set in force on 1st January 2008, the victims' rights are even more improved. The victim who was until then considered only as a witness or private participant has now the status of party of the process. The new code stipulates in chapture 4 (§§ 65 ff StPO) the – defined – victim and all his/her rights. Because of their importance some of the new rights were implemented in advance in the (old) Penal Procedure Code (§ 47a Abs 2, 3 and 4 StPO, BGBl I 2005/119) and set into force 1st January 2006. These

[1] Eder-Rieder (2005a), 15; Löschnig-Gspandl (2004), 161.

[2] Eder-Rieder (2005a), 41 ff.

[3] Eder-Rieder (1998), 127 ff und (2005a) 20 ff.

are for instance enlarged rights for information about procedural steps and all the rights in process like restoration, assistance or possibility of translation free of charge. Victims of abuse of power and sexual abuse have to be informed even about the defendants release from custody as quick as possible. Traumatized victims like victims of abuse of power or sexual integrity and relatives of killed persons have the right for psychosocial and juridical assistance in process, which is practised by "Victims Support Organisations" and the "White Ring"[1].

II. Rights of victims in the criminal proceedings in Austria

1) The definition of the victim

According to the EU-Framework Decision Art 1 a "victim shall mean a natural person who has suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering or economic loss, directly caused by acts or omissions that are in violation of the criminal law of a Member State".

According to the new § 65 Z 1 StPO a victim means

a) "every person, who could have suffered harm caused by an intentional criminal act concerning the abuse of power or thread or abuse of sexual integrity"

b) "husband or wife, partner of life, relatives in direct line of descent, brother or sister of a person, whose dead could have been caused by a criminal act, or other relatives who have been witness of the act".

c) "every other person, who has suffered harm caused by the criminal act or could have been damaged in his/her protected goods".

This definition of a victim is wider than that foreseen by the EU-Framework which does not include an attempted act even if harm is suffered, the protection for a future criminal act or the indirect results of a criminal act[2].

2) Victim and his/her rights

Basically the victim of a criminal offence has economical, social, psychological, physical damages. The "primary damages" are direct or indirect results of the crime (injuries, losses, costs…). The "secondary damages" are a result of the reaction of the society because of the victimization: for instance the pressure of the police, the prosecutor, the counsel of the defense and his strategies, degrading or offending questions during the trial, accusation (assignment of guilty) and lack of interest in the case are the main reasons.

The main cause is that the criminal proceeding is orientated to the defendant and his rights. For that every support of the victim stands in contradiction to other principles of the procedure. Above all the personal protection of the victim, which includes to avoid the confrontation with the defendant stands in contradiction to the "fair and due process clause" and the right to ask questions pursuant to Art 6 Abs 3 lit d EMRK (European Convention on Human Rights) and the search of the truth. For instance: If the only victim as a witness does not give testimony this can "in dubio pro reo" lead to dismissal of the case or a non guilty verdict.

To summarize the victim of a crime needs to have following rights:

– The right to be accepted as a victim,

---

[1] Jesionek (2006), 17.

[2] Löschnig-Gspandl (2004), 164.

– The right of protection of further attacks especially of the same perpetrator,

– The right to avoid the secondary victimization, which includes to be treated with respect and dignity by administrative or juridical bodies (police, prosecution or judges),

– The right of juridical and psychosocial assistance during the criminal process,

– The right of full compensation of material and immaterial damages.

3) Protection of the victim

The Criminal Procedure Code offers different kinds of protection to avoid the so called "secondary victimization", to safeguard their personality and to assist the victim during the whole trial. Essential rights[1] in this field are the information of criminal victims or witnesses about their rights, the protection of personality and undesirable publicity which includes restrictions of information to third persons or restrictions of intimate questions or the exclusion of the public during trial.

a) The "separate questioning" of a victim and/or witness in the pre-trial stage

A most important possibility to avoid a secondary victimization is the "separate questioning of "victim/witnesses" during the pre-trial stage. It is used mainly in cases of sexual abuse and in cases in which the victim or witness is under 14 years. In the latter case this separate questioning will take place in different rooms with use of video. In case this "separate questioning" in the pre-trial proceeding has taken place the victim of the sexual abuse has the right to renounce the statement in the trial (§ 156 Abs 1 Z 2 StPO)[2]. The testimony can be read out or the video will be presented instead.

b) Help by psychological and juridical assistance

A new amendment to the Criminal Procedure Code 2005 (BGBl I 2005/119) which was set into force on the 1st January 2006 foresees the highly demanded juridical – by attorney – and psychological attendants in trial paid by funds of the state. In particularly private institutions like "White Ring" provides assistance and ensures the victims´ rights[3].

c) Rights to apply against breach of law

In case the "subjective rights" of the victim were neglected or have been breached by police, prosecutor or judge the law allows special remedies against it (§§ 106, 87 StPO)[4].

4) The compensation of damages in criminal proceeding

The victim wants a quick and uncomplicated restoration or compensation of the damages done to him and a moral acceptance of the damage. Therefore compensation primarily by the defendant, secondarily by the state is claimed.

---

[1] Eder-Rieder (2005a), 49 ff.

[2] Jesionek (2004), 261.

[3] Jesionek (2006), 17 und (2004) 258; Eder-Rieder (2005a), 63, 65, 106; Eder-Rieder (2008), JSt 2008, 115.

[4] Eder-Rieder (2008), JSt 2008, 116.

a) Compensation during the pre-trial stage

The compensation of damages given by the defendant can lead to the dismissal of the case by the prosecutor (§§ 190 ff StPO) in pre-trial stage. The new penal meditation concept ("Diversion") with the possibility of special ordered compensation or restoration and "extra-judicial settlement" gives the prosecutor another opportunity to dismiss the case" (BGBl 1999/55, in force on the 1st January 2000). This system is highly accepted in Austria. More than 50% of the reports of minor criminal offences are solved in that way in the pre-trial stage.

b) Private claims within the criminal proceeding

The Criminal Procedure Code foresees the possibility for the victim to become a "private participant" (§ 65 Z 2 StPO) and put a civil action in a criminal process (§§ 365 ff StPO). He has different rights and has to prove the existence of a claim in tort under the civil law and demand compensations: as for instance damages for pecuniary loss, moral damages, compensation for personal injury, costs of medical treatment, damages for pain and suffering, for death (funeral expenses), loss of maintenance and so on.

The criminal court decisions concerning civil claims can be: In case of an acquittal the civil claim of a private participant has to be referred to the civil courts. In the case of conviction the criminal court generally has to decide about the civil claim in addition to the sentence: in an easy case, the judge may sustain the claim, but in a case where more additional investigations are needed to permit a reliable decision for compensation the judge may refer the private participant to the civil courts. The criminal judge is never allowed to dismiss the suit.

The advantage of a civil claim in criminal process is that evidences are looked for by the court on its own expenses. The evidences found can be useful – if needed - in the civil law suit. The disadvantage is, if the civil claim is not clear and additional investigation in the trial are demanded the private participant is referred to the civil court and has to put a civil action on his own expenses.

If the public prosecutor rejects or withdraws from a prosecution, the private participant may bring the proceedings in his place and on his own expenses. This procedure is called "subsidiary charge" and is because of the financial risks very rare.

Generally private participants do not have to pay process costs, but the expenses for the own attorney and journey, whereas the procedure costs of a subsidiary charge has to be paid by the private party. The juridical assistance will be a new help for the private participant.

c) Claims of damages according to the Civil Law

As a financial compensation for sexual offences pursuant to § 1328 of the Civil Code (ABGB) the claim of material and immaterial damage of victims of sexual violence is possible. This combines for instance injuries, a pregnancy, but also the costs for therapeutical and medical treatments or the loss of income because of pregnancy and covers primary and secondary damages (e.g. an attempted suicide). If bodily injury and deprivation of personal liberty have occurred too, these are also

included in a global sum. Depending on the case from 4.360,50 € up to € 54.504, 63 as far have been granted[1].

Was a relative the victim of an offence or a crime (manslaughter, murder, a result of a car accident) and this close relative (mother, daughter, sister…) died, the fact of his/her death (the grief) was not compensated according to jurisdiction. That means not the grief only the funeral costs where compensated. Through an alteration of jurisdiction right now the grief of close relatives is compensated, if the offender committed the act intentionally or in culpable negligence[2].

5) Compensation by the state pursuant to the Crime Victims Compensation Act 1972 (VOG)

According to this act the Federal Republic provides assistance to the victim by way of "prepayment" of his claim for compensation. Conditions are that the victim has "suffered physical injury or impairment of health as a result of an intentional – not negligence – unlawful act which is a criminal offence punishable with more than six months imprisonment, and he has either incurred expenses for medical treatment or suffered a reduction in his working capacity. The Federal Social Agency is paying only if the Local Health Insurance will not cover the costs and has the right of recourse from the insurance carrier.

As for a sexual offence cause: the reimbursement of the cost of psychiatric therapy is now granted. This possibility becomes more and more known, because police and judicial persons are strongly requested to inform the victim about these possibilities[3].

6) Advance Payment under § 373a StPO

§ 373a StPO grants a victim under certain rather strict conditions, the right to make a claim against the Federal Republic. The Federal Republic may grant advance payments of compensation on the following very restricted and therefore criticised circumstances[4], which are: The offender has been convicted; the claimant (private participant) has been adjudged by a final court decision, to be entitled to compensation for death, person injury or damage to property; the payment of the offender will be frustrated by the execution of the penal sentence.

III. Future Aspects of Crime Victims Protection

The support of victims is more and more demanded. Above all the victim has been given a complete new status of party apart from the private participation. The victim has full protection of the law, which includes full information of the process and his/her rights, assistance and control in an early stage of proceedings. All victims can participate in trial or in pre-trial stage, have the right to question the defendant and put legal remedy against acts of the police or prosecutor in pre-trial stage and have the right of appeal against the sentence of private damages. Public and non governmental institutions, like Victim Support Groups or the "White Ring" offer

---

1 Eder-Rieder (2002), 577 and (2005a), 84-86.

2 Eder-Rieder (2005a), 78 ff

3 Eder-Rieder (2005a), 89 ff

4 Eder-Rieder (1998), 126 and (2005a), 102 mwN; Jesionek (2004), 265.

special services to assist in trial. With this legislative steps Austria has fulfilled the demands of the EU-Framework in a large and better way and offers a much higher status for victims of a crime.

Bibliography

1. Eder-Rieder, Maria A. (1998), Der Opferschutz. Schutz und Hilfe für Opfer einer Straftat in Österreich, Springer, Wien-New York.
2. Eder-Rieder, Maria A. (2002), Behandlung des minderjährigen Opfers eines sexuellen Missbrauchs im Strafprozess und Befriedigung seines Schmerzengeldanspruches, in: Dölling/Erb (Hrsg.) Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, C. F. Müller, 565ff.
3. Eder-Rieder, Maria A. (2005a), Opferrecht, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien Graz Eder-Rieder, Maria A. (2005b), Juristische Aspekte des sexuellen Missbrauchs an Kindern in Österreich, in: Amann G./Wipplinger R. (Hrsg.), Sexueller Missbrauch. Überblick zu Forschung, Beratung und Therapie. Ein Handbuch, 3. Auflage, 935 ff.
4. Eder-Rieder, Maria A. (2008), Die Stellung des Opfers im neuen Strafverfahren, JSt 2008, 113 ff.
5. Jesionek, Udo (2004), Das Verbrechensopfer im künftigen österreichischen Strafprozessrecht, in Grafl/Medigovic (Hrsg) Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Wien, Graz, 253 ff.
6. Jesionek, Udo (2006), Das Opfer im Strafverfahren, Salzburger Nachrichten 24.Jänner 2006, 17.
7. Löschnig-Gspandl Marianne (2004), Das Recht des Opfers auf Wiedergutmachung, in: Viktimologie und Opferrechte, Schriftenreihe der Weisser Ring Forschungsgesellschaft, Band 1, Innsbruck 2004, 157 ff.

Анотація

***Марія Едер-Рідер*. Захист жертв злочинів у Австрійському кримінальному процесі.** – Стаття.

Новий кримінальний процесуальний кодекс Австрії (набув чинності 1 січня 2008 року) дає жертві злочину зовсім новий статус сторони окремо від особистої участі. Жертва одержує повний захист правом, яка включає всю інформацію про процес сприяння й контроль на ранній стадії виробництва. Усі жертви можуть брати участь у судовому розгляді й попередньому слуханні справи, мають право ставити запитання підсудному, можуть застосовувати засіб правового захисту проти актів поліції або прокурора на попередньому слуханні справи й мають право на апеляцію на вирок про особисті збитки й навіть недійсність апеляції проти виправдання в особливих випадках. Кодекс передбачає представництво в суді й правову допомогу безкоштовно. По справах про сексуальні злочини можлива психологічна і юридична допомога й "м'який допит". Суспільні й неурядові організації, такі як Групи підтримки жертв, надають спеціальні послуги по допомозі в судовому розгляді.

Ключові слова: жертва злочину.

Summary

***Maria Eder-Rieder*. Protection of victims of crime in the Austrian criminal procedure** – Article.

The new Criminal Procedure Code in Austria (set into force 1st January 2008) gives the victim of crime a complete new status of party apart from the private participation. The victim has full protection of the law, which includes full information of the process and his/her rights, assistance and control in an early stage of proceedings. All victims can participate in trial or in pre-trial stage, have the right to question the defendant, can put legal remedy against acts of the police or prosecutor in pre-trial stage and have the right of appeal against the sentence of private damages and even the nullity appeal against acquittal in special cases. The Code allows a legal representation and legal aid even without payment. In sexual offence cases a psychosocial and juridical assistance and a "gentle questioning" is possible. Public and non governmental institutions, like Victim Support Groups, offer special services to assist in trial.

Key words: victim of crime.

УДК 343.988

Т.П. Будякова

ПРЕДПОСЫЛКА КАК ВИКТИМОЛОГИЧЕСКИЙ ФАКТОР ПРЕСТУПНОСТИ

Значимость виктимологических исследований в настоящее время во всем мире, к сожалению, все только повышается. В первую очередь это обусловлено процессами виктимизации как отдельных категорий граждан разных стран, так и всего мирового сообщества в целом. Не случайно в одном из своих последних выступлений российский премьер В.В. Путин назвал все российское общество жертвой терроризма. Это говорит о масштабах виктимизации в России.

В криминологической литературе виктимологические факторы преступности традиционно рассматриваются как специфический элемент причинного комплекса преступности. Отмечалось, что личность и поведение жертвы могут играть существенную роль, как в мотивации преступного поведения, так и в ситуации, в которой оно осуществлялось. Вместе с тем в криминологических исследованиях как детерминанта преступления наиболее часто рассматривается только виктимное поведение, иногда негативные личностные черты жертвы. Нейтральные личностные качества, такие, например, как социально-ролевой статус личности, а также индивидные качества человека почти не рассматриваются как самостоятельные элементы причинного комплекса преступности, хотя очевидно, что довольно часто именно они выступают предпосылками совершения конкретного преступления. Так, красивая женщина, виктимна уже в силу своих природных индивидных свойств, малолетний – в силу возраста, а начальник представляет интерес для некоторых потенциальных преступников в силу его иерархического статуса (например, когда кто-то хочет занять престижное место и не видит иного пути, кроме как преступного, в устранении конкурента), богатый человек представляет преступный интерес из-за его имущественного положения. Человек, по выражению Марка Туллия Цицерона, может стать даже жертвой своих побед. Так, ветераны Великой Отечественной войны часто становились жертвами преступлений из-за наличия у них боевых наград.

В обобщенно криминологическом смысле причины преступности – это то, что ее порождает. Условия – это фактор, способствующий совершению преступления. Предпосылки, которыми являются индивидуально-типологические признаки жертвы, такие, например, как пол, социально-ролевой статус, возраст и т.п., не способствуют совершению преступления, но могут выступать дополнительными факторами в его генезе. При этом, как правило, индивидуально-типологический признак жертвы не является негативным фактором преступности и его не надо ни устранять, ни нейтрализовывать, ни блокировать, ни упреждать, с ним не надо и бороться. Однако его надо учитывать. Так, в виктимологической литературе отмечалось, что виктимологическая уязвимость лица может быть обусловлена его социально-ролевым статусом. Однако исследовался, как правило, феномен повышенной виктимности, например лиц, чья профессиональная или

© Т.П. Будякова, 2010

иная деятельность существенно предопределяет их виктимность (к примеру, работники правоохранительных органов) (Королев В.И., Матросова М.Е.).

Вместе с тем проблема детерминации преступности, когда детерминантами выступают такие индивидуально-типологические признаки жертвы, которые считаются общественно значимыми, но одновременно делающие человека виктимным в конкретной ситуации конкретного преступления являются практически неисследованными.

Отсюда возникла необходимость разработки новой типологии жертв преступлений. При ее создании мы отказались от ставшей уже классической типологии жертв, предложенной Д.В.Ривманом, модифицированной в многочисленных криминологических исследованиях, в основу которой положен комплексный эмоционально-поведенческий критерий “агрессивности-нейтральности” и “ активности-пассивности”, конечно, не отрицая ее значения для теории виктимологической профилактики. Отказались по следующим причинам: первая причина: критерии, предложенные Д.В. Ривманом, – комплексные, сложные, они требуют расчленения для более продуктивного анализа. Рассмотрим, к примеру, такой признак, как “агрессивность”. Можно привести около десятка возможных причин агрессивности жертвы, способствующих ее виктимизации. Это, например:

- завышенная самооценка;
- тип темперамента;
- плохо усвоенная схема социально-ролевого поведения;
- крушение жизненных планов, иные конкретные жизненные неудачи;
- переутомление;
- конфликт, в том числе случайный;
- соматическое заболевание (даже несварение желудка);
- психическое расстройство;
- защитная реакция от навязчивых людей и другие.

Уже из приведенного перечня видно, что профилактические меры в каждом случае должны устранять конкретную причину агрессивности. Так, завышенную самооценку или неадекватно усвоенную социальную роль можно и нужно корректировать, а вот темперамент – врожден, не поддается коррекции, и его особенности можно только учитывать при разработке индивидуальных профилактических мер.

Проведение профилактических бесед, уместное в работе с акцентуированными жертвами (имеющими ярко выраженные, вплоть до болезненности, черты характера, в том числе агрессивность), может привести к обратному результату в работе с агрессивными людьми, страдающими шизофренией. Беседа может способствовать ухудшению их психического состояния, усугубить их болезнь, в частности, у них может появиться новая болезненная фобия – навязчивый страх стать жертвой.

Вторая причина, по которой нас не удовлетворяла классификация Д.В.Ривмана, то, что в ней не учитывается специфика виктимизации каждого вида особенных жертв. Так, в классификации Д.В.Ривмана присутствует

группа “некритичных жертв”, к которой отнесены разные по виктимологическим свойствам жертвы: пожилые и умственно отсталые, психически больные и соматические больные, слабовольные люди. А, главное, для них предлагаются общая методика виктимологической профилактики. Понятно, что – это разные типы жертв, причем качественно отличающиеся, и в отношении каждого типа жертв из перечисленных должна разрабатываться специфическая система мер профилактики преступлений.

Третья причина – классификация Д.В. Ривмана не совсем подходит, когда речь идет о предупреждении вторичной виктимизации жертв преступлений. Так, степень и характер претерпеваемых физических и нравственных страданий, причиненных непосредственно преступлением, а также страданий жертвы, обусловленных уже ходом уголовного процесса, а далее также приемлемость для жертвы психореабилитационных или психокоррекционных мероприятий, направленных на восстановление ее психического равновесия, зависят не только (а иногда и не столько) от вида преступления, совершенного в отношении жертвы, и даже не от ее виктимного поведения, способствовавшего совершению преступления, а от индивидуально-типологических особенностей жертвы.

Мы полагаем, что типологию жертв надо строить в два шага (2 этапа). На первом этапе всех жертв следует разделить на 2 большие группы: а) среднетипичные жертвы и б) особенные жертвы.

Под среднетипичной жертвой мы понимаем условную конструкцию, которая обозначает наличие у конкретных людей совокупности признаков, увеличивающих вероятность их первичной виктимизации, а также позволяющих им типично реагировать на психотравмирующее воздействие преступления и его последствия. Однако это – не среднестатистическая жертва.

Особенная жертва – это такая жертва, процесс первичной виктимизации которой качественно отличается от виктимизации среднетипичной жертвы. Кроме того, ее страдания от вредоносного воздействия, вызванного преступлением и его последствиями, качественно отличаются от негативных переживаний среднетипичной жертвы, вызванных тем же, и их нельзя сопоставить по принципу “больше – меньше”. При планировании виктимологических мероприятий, естественно, нужно учитывать исходные типы жертв.

Описанные типы жертв (реальных и возможных): “средняя жертва” и “особенная жертва” – мы назвали базовыми или исходными. Данные конструкции являются в известном смысле искусственными в силу их значительной обобщенности. Однако, отталкиваясь от них, можно конструировать более конкретные и содержательные типологии жертв преступлений. При этом предварительно нужно определиться, каков может быть спектр частных признаков, индивидуализирующих жертву, оказывающих существенное влияние на процесс превращения ее в жертву, на отражение ею психотравмирующих обстоятельств преступления, уголовного судопроизводства и т.д. После выделения и классификации таких признаков можно конструировать частные типы жертв преступлений.

Индивидуально-типологические признаки жертвы мы определили как: биологические, социологические и психологические признаки человека как

индивида и личности, увеличивающие вероятность для него как стать жертвой преступления, так и противостоять вредоносному воздействию преступления и его последствиям. Очевидно, что классификации индивидуально-типологических признаков жертв, должны быть приемлемы для целей как первичной, так и вторичной профилактики виктимизации. В основе предложенной нами классификации лежит деление всех индивидуально-типологических признаков на два основных класса: индивидные (присущие человеку как представителю биологического рода) и личностные, принадлежащие человеку как социальному существу. Затем мы разделили классы на подклассы по критерию природы признака. Получили два подкласса признаков: в первый вошли признаки, имеющие психологическую природу, во второй – признаки, социологические по своей природе (см. таблицу 1).

Таблица 1

№ п/п	Наименование группы индивидуально-типологических признаков жертвы	Примерный перечень конкретных признаков, относящихся к заданной группе
1.	Индивидные признаки, присущие человеку от рождения	Пол, внешние данные (пропорции лица, тела), наследственные заболевания, раса, темперамент, врожденные рефлексы и др.
2.	Индивидные признаки, приобретенные прижизненно	Возрастные изменения, изменения в состоянии здоровья, изменение внешних данных в ходе операции, перцептивные способности: например, восприятие формы, глубины, удаленности и т.д.
3.	Индивидные признаки, заоженные от рождения в качестве предпосылок, задатков, но получающие развитие только в силу наличия специальных социальных условий.	Задатки интеллекта, сенсомоторные свойства: голос, слух, зрение, тактильные способности, предпосылки вертикальной походки и т.д.
4.	Личностные признаки, приобретенные при рождении, имеющие социологическую природу	Национальность, происхождение, место рождения, имя, принадлежность к известному роду, сиротство от рождения и др.
5.	Личностные признаки человека, приобретенные прижизненно, имеющие социологическую природу	Социальные роли, социальный и личностный статусы, социальный престиж, социальные позиции, известность лица, вероисповедание, псевдонимы, новое имя, сиротство после рождения, социальное сиротство, личные тайны и т.д.
6.	Личностные признаки, приобретенные прижизненно, имеющие психологическую природу	Характер, особенности эмоциональной сферы личности (страхи, обиды и др.), ценностные ориентации, личностные комплексы, особенности мотивационно-потребностной сферы (общественная или антисоциальная направленность мотивации, личностные привязанности или пристрастия и др.)

Инструментом анализа в выделении роли индивидуально-типологического признака в процессах виктимизации стал модифицированный нами, предложенный в свое время Л.В. Франком, виктимографический метод, заключающийся в целенаправленном изучении отдельных (типичных и исключительных) случаев из практики борьбы с преступностью). Мы трансформировали этот метод, расширив сферу его применения. Виктимографический метод в нашем понимании – это планомерное выделение виктимозначных свойств конкретного индивидуально-типологического признака жертвы преступления на разных этапах виктимизации. Такая схема анализа индивидуально-типологического признака должна включать:

а) выявление специфики проявления индивидуально-типологического признака на всех этапах виктимизации;

б) описание типичного и нетипичного проявления индивидуально-типологического признака в процессах виктимизации;

в) выявление специфики влияния индивидуально-типологического признака на процессы виктимизации, когда он является элементом в симптомокомплексе с другими типологическими признаками;

г) установление влияния уровня сформированности или выраженности индивидуально-типологического признака на процесс превращения в жертву его носителя;

д) определение значения индивидуально-типологического признака в формировании специфичных личностных структур, обуславливающих процессы виктимизации;

е) прослеживании связи индивидуально-типологического признака жертвы с выбором наиболее эффективных мер виктимологического предупреждения преступности.

Реальное использование описанного подхода помогло нам выбрать способы учета конкретных типологических признаков в выборе мер виктимологического предупреждения преступности.

Анотація

Будякова Т.П. **Передумови як віктимологічний чинник злочинності.** – Стаття.

Вагомість віктимологічних досліджень у теперішній час у всьому світі, на жаль, все тільки росте. В першу чергу це обумовлено процесами віктимізації як окремих категорій громадян різних держав, так і всієї світової спільноти в цілому.

Ключові слова: жертва злочину.

Summary

Budyakova T.P. **Pre-condition as viktimological factor of criminality.** – Article.

Unfortunately, nowadays the weight of the victimological research increases worldwide. First of all this is determined by the victimization processes of separate citizens, and the whole world community in general.

Key words: victim of crime.

УДК 341.1/8

Lorenzo Bujosa Vadell,
Katherine Tulyakova

TOWARDS EUROPEAN JUDICIAL CULTURE: ICC STANDARTS IMPLEMENTATION

The most difficult thing to understand in formatting new judicial culture in Europe is breakage impunity archaic norms and standards. Multinational and white-collar crime, political crime and rebellious activities, immunities of refugees and men from high circles show that in some situation perpetrators of serious crimes always escape unpunished.

The same thing is stressed up in abuses of powers models that achieved in many countries in transition, countries in civi l war state etc. when criminals among state leaders and executives escape any form of punishment. Covering such criminals leeds to public entrustment in governing structures and policy.

On the contarary social legitimization of political structures prosecution and punishment process is connected with sovereignity loose especially when supranational criminal law is formatting. Thus cross cultural influence under mutual understanding of culture of impunity significance is of great interest to study.

International security setting or implementing standards of international justice belongs to rise or fall on the judgments of individual decision-makers [1]. That is why old and new challenges which national judges are facing when trying to ensure a consistent and effective application of European law throughout the whole of the European Union are the same like situation when members of Ukrainian judiciary are using European Court on Human Rights decisions in their practice.

There was some criticism concerning questions of the role of culture and identity and international judiciary functions, the significance of cultural norms to the volume of discretion due to cultural conflicts (i.e. when judges, representatives of administrative bodies and parties in process belong to different cultures). We know that culture is a basis for reinterpreting global law and local practices. Culture is a political tool in the interplay between international and domestic politics. And culture is the culprit for failure to meet international legal standards. At standard situations judicial culture and culture of the society at large are deeply entangled in the exercise of discretion. Law, justice and culture have been historically interconnected, but law and culture are beginning to come apart. It is not hard to see why. The rise of legal positivism in the nineteenth century shifted the source of law away from local, moral/social norms to legislation [2].

Reformers sometimes also fall into the trap of believing that new laws can solve problems simply by virtue of the fact that the laws exist. Yet laws and regulations that are overly complex or that fail to take into account weaknesses in the agencies that will enforce them or the greater social context can create more problems than they solve. Participants of European public law organization conference that was

© Lorenzo Bujosa Vadell, Katherine Tulyak, 2010

held in Athens,Greece at the beginning of September 2009 stressed significance of unified cultural norms and standards onto formulating the new rational of European public law [3].

Much more problems exist on European level. As EU officials said: Given the European Union's objective of establishing an area of freedom, security and justice, it is crucial for justice professionals in each Member State to acquire a European legal culture. To this end, Member States will have to become familiar with one another's systems, learn one another's languages and become accustomed to working in the context of mutual recognition and cross-border partnership, so as to foster cooperation between judicial authorities. The EU has been working for more than fifteen years on the creation of a European Judicial Training Network (EJTN) as essential to the development of a European judicial culture. In addition to these management tools, the mechanisms set up to help cooperation – such as the Judicial Network in Civil Matters , Eurojust and the Judicial Network in Criminal Matters – play an important role in the dissemination of information. There are also many European institutions that regularly organise training for practitioners of justice and public administration, e.g. the European Institute of Public Administration (EIPA) in Maastricht, the European Centre for Judges and Lawyers and the European Law Academy (ERA) in Trier.

The object of the EJTN, which was set up in 2000, is to promote a judicial training programme with a genuinely European dimension. This valuable tool for developing judicial training and coordinating the activities of the various national structures in the field of European Union law received operating grants from the Union in 2003 and 2005. As from 2007, the Commission proposes that it be allocated an annual operating grant under the framework programme on fundamental rights and justice specific programme on criminal justice [4]. So European Judicial Training Network was created to improve the knowledge of European law among members of the national judiciaries, to build mutual understanding and confidence and hence to contribute to the development of a European judicial and public administration culture. The main ethical aims of it were:

– the proper application of Community law, which depends largely on how it is applied by the legal practitioners, and especially by judges;

– the development of the mutual recognition principle, which rests primarily on mutual confidence and cooperation between judicial and public administration authorities.

Due to this efforts governments struggling to create a minimal political consensus may find that their laws, often filled with last minute additions and deletions, conflict with one another or fail to serve the international purposes intended. A tendency to over-regulate can lead to regulations that are ignored, harming the reputation of the legal system as a whole.

From this point of view the dominant role of International Criminal Court, International Court of Justice and European Court on Human rights, Administrative court of European Public Law Organization belongs to the fundamentals of their activity. The values, benefits of the Honorary Judges don't correspond with

concrete society's culture. It is non-negotiable value. But what should we do with the situation when governments, communities or interpersonal obligations are in conflict with individual norms and values, when standards of international due process are westernized being in contradiction with social group or other society's response.

That pretends on beginning a creation of common international Judicial culture. For example an ICC model is based on Strategic plan of ICC that stresses that The Court is now a working reality, investigating and prosecuting the most serious crimes of international concern on prevention of transnational crime the fight against impunity. That is why the efforts are done in case to conduct fair, effective and expeditious public proceedings in accordance with the Rome Statute and with high legal standards, ensuring full exercise of the rights of all participants. Court's officials are working to develop policies for implementing the quality standards specified in the Statute and the Rules of Procedure and Evidence with respect to all participants in proceedings and persons otherwise affected by the Court's activities, in a manner that is respectful of diversity.

In order to meet these standards, the Court has been and will continue developing and implementing policies which are mindful of the different cultural contexts in which the Court operates. In many areas, such as in relation to the treatment of victims and witnesses, the Court already has a number of policies in place. Moreover the Court works on implementation of a common ICC culture that means clear ethical standards of staff's behavior and dynamic, results-driven, respectful of diversity, honest, transparent (while respecting confidentiality) and service-oriented culture of judges and prosecutors. It is essential to the Court's ability to carry out its mission and to ensure the well-being of individuals, including victims, witnesses and others the Court is charged to protect [5].

So we can't diminish the role of international standards and norms that have been constructed due to one type of cultural standards. Such norms and rules have to be cleared from cultural dependency. But from the average point of view they depend on language, on interpretation, on understanding of the international rule of law. Yet membership of the International Court is drawn from the ranks of distinguished statesmen and academics than it is from experienced judges so the wisdom of concrete judicial system decision making can't be in use through the process but the elements of the UN policy can. Maybe formulation of cultural traditions here would rely on local professional judicial cultures and their integration into the world where the Judges or public administrators understand global problems, have the skills to resolve conflicts and struggle for justice non-violently, live by international standards of human rights and equity, appreciate cultural diversity.

From the other side specialists say that change in the law of war, human rights law and in other legal domains have placed individuals, governments and non-governmental organizations under new systems of legal regulation – regulation which, in principle, recasts the legal significance of state boundaries. The regime of liberal international sovereignty entrenches powers and constraints, and rights

and duties in international law which – albeit ultimately formulated by states – go beyond the traditional conception of the proper scope and boundaries of states, and can come into conflict, and sometimes contradiction, with national laws. Within this framework, states may forfeit claims to sovereignty, and individuals their right to sovereign protection, if they violate the standards and values embedded in the liberal international order; and such violations no longer become a matter of morality alone.

Rather, they become a breach of a legal code, a breach that may call forth the means to challenge, prosecute and rectify it. So the process of international legal thinking development overturned the exclusive position of the state in international law to individuals' rights and duties. Within the wider international community, rules governing war, weapon systems, terrorism, human rights and the environment, among other areas, have transformed and delimited the order of states, embedding national polities in new forms and layers of accountability and governance. J. Beitz has noted that the boundaries between states, nations and societies can no longer claim the deep legal and moral significance they once had; they can be judged, along with the communities they embody, by general, if not universal, standards. That is to say, they can be scrutinized and appraised in relation to standards which, in principle, apply to each person, each individual, who is held to be equally worthy of concern and respect. Despite the development and consolidation of the regime of liberal international sovereignty, massive inequalities of power and economic resource continue to grow. There is an accelerating gap between rich and poor states as well as between peoples in the global economy [6]. But through multinational courts proceedings as a rule it is impossible to individual to claim to a 'higher moral court' in connection with such a breakage of his privileges.

That is why we can point out that the reconnection of international law and morality requires coordinated multilateral European action in the fields of:

– basic human rights upholding especially in connection with the impunity principle;

– equality and non-discrimination in judicial policies and administrative practices;

– respect the rights and dignity of all involved in conflict resolution.

Literature

1. Lorenzo Bujosa Vaddel. La cooperacion processal de los estados con la Corte Penal Internacional – Madrid, 2008 – 517 p.
2. Alison Dundes Renteln. The Cultural Defense. – Oxford University Press, 2004 – 532 p.
3. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 29 June 2006 on judicial training in the European Union [COM(2006) 356 final.
4. Public Law: twenty years after. Reunion 2009 // European group of public law – third session – Athens,12 September 2009.
5. Strategic Plan of the International Criminal Court ICC-ASP/5/6 http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D6B4058F-2C5D-415E-A85F-64A305C81DF0/0/ICCASP56_English.pdf.
6. Cotterrell, R. 2004, 'Law in Culture' // Ratio Juris. – vol. 17 – no. 1 – pp. 1–14.

Анотація

Лоренцо Буддел Вазел, Тулякова К. **На шляху до європейської суддівської культури: втілення стандартів МКС.** – Стаття.

У статті розглянуто питання формування європейської судової культури та можливостей та протиріччя які існують на шляху втілення цієї ідей шляхом втілення стандартів Міжнародного кримінального суду. Спільний розгляд справ, визнання судових рішень потребують іншого рівня підготовки професійного судді. З другого боку тривалий конфлікт між індивідами та системою європейського права не надає можливості узгодженого вирішення питання щодо формування єдиного підходу та оцінки європейських норм, цінностей та стандартів.

Ключові слова: Європейська культура правосуддя, Міжнародний кримінальний суд.

Summary

Lorenzo Bujosa Vadell, Katherine Tulyakova. **Towards european judicial culture: ICC standarts implementation.** – Article.

In the article it is stressed that improving the knowledge of European law among members of the national judiciaries, building mutual understanding and confidence and hence contributing to the development of a European judicial culture is connected wit supranational legal structures like International Criminal Court. The main ethical aims of it were: the proper application of Community law, which depends largely on how it is applied by the legal practitioners, and especially by judges; the development of the mutual recognition principle, which rests primarily on mutual confidence and cooperation between judicial authorities. Unfortunately proper implementation of it depends on human rights understanding and realization in different European countries.

Key words: European judicial culture, International Criminal Court.

УДК 343.9.1

Yener Ünve

DIE GRUNDLAGEN VOM ALLGEMEINEN UND BESONDEREN TEIL DES NEUEN TÜRKISCHEN STRAFGESETZBUCH

Das türkische neue StGB ist am 01. 06. 2005 in Kraft getreten sind. Dieses Gesetz wurden in mehreren Punkten vor und nach dem Inkrafttreten geändert, da das in einer eiligen Weise, in kurzer Zeit und außer einigen Juristen, ohne Einholung der Meinungen der anderen Strafrechtler vielmehr von ausländischen Gesetzen in Eile, fehlerhaft und mangelhaft übersetzt worden sind.

Weil während der Erstellung des neuen türk-StGB vom deutschen StGB auch von vielen Gesetzen, die ins Deutsche bereits übersetzt wurden, Übersetzungen vorgenommen worden sind, besteht ein wichtiges Systemproblem.

Das alte türk-StGB von 1926, das von der italienischen Zanardelli StGB übernommen wurde, hat sich in vieler Hinsicht geändert.

Sowohl mit den allgemeinen Begründungen des türk-StGB als auch mit den Begründungen der Artikel besteht meistens kein Zusammenhang mit den Artikeln im Text und sie beinhalten vollkommen entgegenstehende Bestimmungen.

© Yener Ünve, 2010

In dem 1. Artikel des StGB befinden sich Erklärungen über dem Zweck des Gesetzes, im Artikel 3/1 das Verhältnismäßigkeitsprinzip, im Artikel 3/2 das Gleichheitsprinzip.

Im türk-StGB wurden nur die Straftaten geregelt und nur an kleiner Teil der Ordnungswidrigkeiten sind im Gesetz über Übertretungen als Verwaltungsstraftaten platziert worden; die Übertretungen vom türk-StGB wurden aus dem türk-StGB entnommen und wurden aber anstatt dem Gesetz, wie das deutsche Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, mit einem Gesetz über Übertretungen, das einen engeren Umfang besitzt, eingeführt.

Die Todesstrafe wurde im Jahr 2001 mit dem Beginn der Änderung des Grundgesetzes (mit dem Gesetz 4709) im ersten Schritt außer Terror- und Kriegsstraftaten, später im Jahr 2004 (mit dem Gesetz 5170) im Hinblick auf die sämtlichen Straftatbestände abgeschafft (GG Art. 38/9).

Nach dem GG kann niemand nur wegen Nichteinhaltung einer Vertragsbestimmung von seiner Freiheit entzogen werden (EMRK Anlage Protokoll Nr. 4 und Türkisches GG Art. 38/8).

Der 2. Artikel des türkischen Strafgesetzbuches hat bei der Straftat und der Strafe die Gesetzlichkeitsprinzip geregelt. In diesem Artikel sind einige neuere Regelungen enthalten: Diese sind neben den Strafen auch im Hinblick auf die Massregeln nach den Regelung der Gesetzlichkeitsprinzip bestimmt, sie sind keine Bestimmung des Grundgesetzes aber mit den Abwicklungsregeln der Verwaltung ist bestimmt worden, dass keine Straftaten und Strafen eingesetzt werden, “das Analogverbot“ ist offen geregelt und die Bestimmungen in denen Straftaten und Strafen enthalten sind, verbieten den Anlass für eine breite Interpretation, die ein Möglichkeit das Analog öffnen würden.

Im alten türk-StGB bestand in diesem Umgang kein Unterschied zwischen den “strafrechtlichen und sonstigen Gesetzen”. Im neuen türk-StGB (Art. 4/1) wurde anerkannt, dass die Unwissenheit der Strafgesetze keine Entschuldigung darstellt. Ein neuer Absatz ist zu dem Artikel über den Irrtum hinzugefügt worden. Wonach wird derjenige nicht bestraft, der sich bezüglich der der Tat geirrt hat (Art. 30/4).

Es wurde vorgesehen, dass die allgemeinen Bestimmungen des türk-StGB in den gesamten Gesetzgebungen des Strafrechts über Gültigkeit verfügen und alle Bestimmungen der Nebengesetze, die auch im allgemeinen Teil des allgemeinen Strafrechts geregelt worden sind ausser Kraft gesetzt werden (Art. 5).

Als Prinzip wurde parallel zu dem Gesetzlichkeitsprinzip bestimmt, dass keiner wegen einer Tat, die bei seiner Ausführung zu keinem Straftaten führte, einer Strafe unterzogen wird und die Tat mit einem späteren Gesetz außerhalb eines Straftaten gehalten wird. Die wichtigste Änderung ist dabei, dass die vorübergehenden oder befristeten Gesetze über die Straftaten Anwendung werden werden, die während der Rechtskräftigkeit begehen wurden, selbst wenn sie nicht mehr rechtskräftig sind.

Der Artikel 20 vom türk-StGB regelt, die individuelle Verantwortlichkeit ist und den Regel, dass “Niemand wegen des Verhalten eines Dritten bestraft werden kann“ (Art. 20/1).

In Artikel 20 des türk-StGB wird zwar geregelt, dass die juristische Personen nicht bestraft werden können, doch wird gleichzeitig bestimmt, dass gegen die juristische Person Massregeln verhaengt werden können und somit weist sie Widersprüche in sich auf (Art. 20/2). Die juristische Person wird als Täter des Verbrechens bezeichnet. Wenn bei juristischen Personen der Organ oder der Vertreter selbst nicht der Angeklagter ist, so wird er im Verfahren von einem Organ oder einem Vertreter vertreten (türk-StPO Art. 249). Es gibt für die juristischen Personen zwei Massregeln: 1) Beschlagnahme und 2) die Aufhebung der Tätigkeitserlaubnis. Damit diese Maßnahmen anwendbar sind, müssen in der betreffenden Bestimmung dies offensichtlich vorgesehen werden.

Im Hinblick auf die subjektive Seite der Straftat sind zur Diskussion offen stehende Neuheiten vorhanden. In dem Gesetz sind die Bezeichnungen von eventual Vorsatz (Art. 21/2) und bewusste Fahrlässigkeit (Art. 21/2) mit gleichen Aussagen bestimmt worden, so dass sie miteinander verwechselt werden können. Sollte der Taeter die Tat begangen hat, obwohl die Eintreten der objektiven Elemente der Straftat voraussehbar sind so wird vom dolus eventualis gesprochen; wenn der Täter die absehbare Erfolg nicht bewilligt und trotzdem die Tat begeht, so wird von der bewussten Fahrlässigkeit gesprochen. Es wurde bei dem dolus eventualis eine zwangsmäßige Strafermäßigung und bei der bewussten Fahrlässigkeit eine zwangsmäßige Straferhöhung vorgesehen. Zu der bewussten Fahrlässigkeit wurden auch sonstige negative Resultate angehängt. Zum Beispiel kurzfristige Gefängnisstrafen können nicht als Geldstrafen oder Massregeln gebüßt werden (Art. 50/4). Alle beiden Bestimmungen werden in der Rechtslehre kritisiert. Es wurden in der Begründung des Artikels gegensätzliche und widerspruchsvolle Beispiele gegeben.

Falls wegen der Straftat den "persönlichen" und "familiären" Stand des Täters Schaden zugefügt wird, dann kann eine Bestrafung unerforderlich sein. Dann wird bei unbewusster Fahrlässigkeit keine Strafe erteilt und bei bewusster Fahrlässigkeit eine Strafermäßigung ermessen (Art. 22/6).

Bei Erfolgsqualisiertendelikten gibt es im Hinblick zum Erfolg eine allgemeine Bestimmung (Art. 23). Dementsprechend müsste bei Eintretung von "schwereren" oder "anderen" Erfolgen, als gezielt, für die Verantwortung des Täters muss ihm wenigstens die Fahrlaessigkeit zur Last gelegt werden können. "Die Vollstreckung des Rechtes" (=Anwendung des rechtes), die nur von einem einzigen Verfasser kritisiert wird und seit langen Jahren im türk. Strafrecht als Rechtsfertigungrund anerkannt wird, ist im Gesetz ausdrücklich bestimmt worden (Art. 24-26).

Den Befehl durchzuführen, der eine Straftat verursacht, stellt kein Rechtsfertigungsrund dar; falls das Gesetz die Überprüfung des Befehls hindert, so ist der Befehlsgeber verantwortlich (Art. 24).

Das Gesetzt h lt sowohl bei Notwehr und Notstand (=Notlage) alle Rechte sch tzensw rdig, als auch sch tzt sie die Rechte der Dritten Personen (Art. 25). Die Notstand ist im gleichen Artikel wie Notwehr geregelt und ist unter dem gleichen Begriff "Gründe, die die Strafverantwortung aufheben oder vermindern"

untergeordnet. Wie auch im Deutschen Recht ist Notsand als rechtfertigungrund und Notstand als Entschuldigungsgrund bestimmt. Nach Begründung des Artikels ist im neuen türk-StGB die Notlage als Schuldausschliessunggrund bestimmt worden.

Bei der fahrlaessigen Überschreitung der Rechtsfertigungsründe wird die Strafe gemildert (Art. 27/1).

Nur bei der Notwehr wird der Taeter nicht bestraft, wenn er die Grenzen aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet. Diese Bestimmung wird in der Lehre kritisiert (Art. 27/2).

Die Rechtsfertigungsgründe in der Türkischen Lehre verfügen über objektive Eigenschaften und selbst wenn der Person nicht bewusst ist, dass gegen das Recht gehandelt wird, wird angenommen, dass davon Nutzen gezogen wird.

Als Entschuldigungsgründe, die unter dem gleichen Oberbegriff bestimmt wurden, sind einige Begriffe vorhanden, die eigentlich unter Entschuldigunsgründe und als auf Schuld bewirkende Gründe untersucht werden müssen: Zum Beispiel ist bestimmt worden, dass bei einer Person die sträfliche Verantwortung entfällt, die die Straftat unter Nötigung, Gewalt, Herausforderung oder Bedrohung begeht, und der Täter ist die Person, die Nötigung, Gewalt, Herausforderung oder Bedrohung verursacht hat und somit ist neben der direkten Bestimmung (§ 37/2) der Beteiligungsartikel im Hinblick auf die mittelbare Taeterschaft, mit einer anderen Bestimmung bestimmt worden (Art. 28). Auf der anderen Seite ist die Provokation ein Grund zur Strafermäßigung und über das Ermäßigungsverhältnis verfügt der Richter über eine breite Ermessung (Art. 29). Da dieser Umgang in der Praxis sehr falsch angewendet wird, werden Ungerechtigkeiten verursacht und insbesondere werden gegen die Frauen falsche Entscheidungen getroffen. Während der Irrtum im neuen StGB detailliert geregelt worden ist, (Art. 30), wird sie in der Lehre sehr hart kritisiert. Neben Irrtum über Tatumstände, Irrtum über Strafmildernde oder Strafschaerfende Umstaende, Irrtum über Rechtsfertigungsgründe wurde auch Verbotsirrtum geregelt. Doch bei einigen Fällen im Bereich des Irrtums wurde nicht auf die Kriterien von "Vermeidbarkeit – Unvermeidbarkeit" geachtet und bei auftreten von unvermeidlichen Fehlern wurden keine Strafermäßigungen vorgesehen und das Unrechtsbewusstsein wurde so geregelt, das es einerseits Probleme bei der Beweislegung entstehen können und anderseits führen die fehlerhaften Bestimmungen zu einem Durcheinander zwischen der Straftat und der ungerechten Tätigkeit.

Über die Schuldunfähigkeit des Kindes gibt es drei Gruppen. Täter, die sich in der Altersgruppe von bis zu 0–12 befinden, werden nicht bestraft (türk-StGB Art. 31) aber einer Sicherheitsmaßnahme unterzogen. Die Strafverantwortung beginnt mit vollen 12 Jahren und mit 18 Jahren erreicht man die volle Straffähigkeit. Die Täter in den Altersgruppen von bis zu 12-15 Jahren sowie in den Altersgruppen von bis zu 15-18 Jahren werden bestraft und werden gleichzeitig einer Sicherheitsmaßnahme unterzogen. Falls der Täter in den Altersgruppen von bis zu 12-15 Jahren nicht in der Lage ist die rechtlichen Auswirkungen und Folgen wahrzunehmen oder keine Fähigkeit besitzt seine Handlungen zu kontrollieren, dann wird keine Strafe erteilt

sondern Massregeln werden angewendet. Alle Personen dieser Gruppen werden als Kinder anerkannt.

Im Hinblick auf die Schuldunfaehigkeit wegen seelischer Störungen bestehen zwei Gruppen: (1) Volle und schwere Geistesgestörte und (2) Geisteskranke, die davon weniger betroffen sind. Diejenigen in der ersten Gruppe unterliegen keiner Strafverantwortung und es werden Massregeln angewendet. Während bei der zweiten Gruppe Strafermäßigung und Massregeln vorgesehen sind (Art. 32). Die Massregeln und deren Anwendungen beinhalten fehlerhafte Bestimmungen und wurden detailliert bestimmt (Art. 57).

Der Umfang der Taubstummen ist ein Umfang, der die Strafe beeinflusst. Diejenigen, die noch nicht ihr 12. Lebensjahr abgeschlossen haben sind nicht einer sträflichen Verantwortung unterlegen und Altersgruppen zwischen 12-15, 15-18 und 18-21 sind unterschiedliche Strafermäßigungen vorhanden.

Es wurde festgelegt, dass jemand, der wegen vorläufigem Grund oder unter Einfluss von Alkohol bzw. Rauschgift, die ohne Willen genommen wurden, die Berufungskraft entgangen ist oder in wichtigem Maß vermindert wurde, keine Strafe erteilt bekommt. Ohne das der bewusste – fahrlässige alic Unterschied wahrgenommen wird, ist durch die Alic Hypothese bestimmt worden, dass wenn ein Verbrechen, das unter Einfluss des bewusst genommenen Alkohols oder Rauschgiftes begehen wird, sträflichen Verantwortung unterlegen ist (§ 34).

Im Hinblick zu den besonderen Formen der Straftat wurden als Versuch zu einer Straftat, Täterschaft, mittelbare Täterschaft und drei Art von der Konkurrenz der Verbrechen bestimmt (Art. 35-44). Während man von dem beendeten und unbeendeten Versuch, die zwischen 1926 – 2005 angewendet wurde, im Jahre 2005 verzichtet hat, wurde die einseitige Versuch anerkannt und dem Richter eine breite Ermessungsbefugnis unterbreitet. Freiwilliger Rücktritt sowie tätige Reue wurde unter dem Begriff "Freiwilliger Rücktritt" erfasst. Es wurde anerkannt, dass bei dem Rücktritt der Taeter wegen Versuchs nicht bestraft wird. Aber falls bis zu diesem Zeitpunkt die durchgeführten Taten zu anderen Straftaten geführt haben, wird der Taeter wegen dieser Taten bestraft Taetige Reue ist keine allgemeine Bestimmung, gilt sondern bei im Gesetz ausdrücklich bestimmten Straftaten.

Die Sanktionen sind in zwei Arten bestimmt und zwar Strafen und Massregeln. Es gibt zwei Arten von der Strafen: Haft und Geldstrafen. Die Haft unterteilt sich als erschwerte lebenslange Haft, lebenslange Haft und befristete Haft (siehe Art. 40-47). Bei kurzfristigen Haftstrafen handelt es sich um Strafen, die 1 Jahr oder kürzer betragen (Art. 49). Bei kurzfristigen Haftstrafen besteht die Möglichkeit, dass man sie zu Geldstrafen oder Massregeln umwandeln kann (Art. 50).

Die Maße bei der Feststellung und Bestimmung der Strafen wurden im Umgang als Reihenfolge in der Anwendung und Berechnungsarten im Einzelnen bestimmt. Hier ist das intensive gesetzliche Prinzip gültig (Art. 61). Der Richter verfügt über die Möglichkeit nach Bemessen die Strafe um 1/6 zu vermindern und hierbei sind sowohl die Vergangenheit des Täters als auch das Auftreten während der Gerichtsverhandlung ein Kriterium (Art. 62).

Unten werden nur einige sehr wichtige oder neue bzw. sehr problematische Straftaten betont.

Im ersten Teil des StGB, wo die Straftaten gezaehlt werden, sind von folgende Straftaten erwähnt worden: Völkermord, Verbrechen gegen die Menschheit und Gründungen von Organisationen für das Begehen dieser zwei Gruppenverbrechen (Art. 76-78). Alle drei Straftaten sind in dem türkischen Gesetz neu eingeführt worden und erst seit 1.6.2005 in Kraft. Das Verbrechen Völkermord wurde nach dem Vertrag von 1948 Vorsorge gegen Völkermord der UNO und bei dem Verbrechen gegen die Menschheit wurden der Status des Nürnberger Gerichts sowie nach dem Vorbild der französischen Bestimmungen aufgenommen und eingeführt (siehe Artikelbegründungen). Die gemeinsamen Eigenschaften dieser drei Straftaten sind, dass diese Straftaten nicht verjaehren, die Massregeln bei juristischen Personen nicht angewendet werden und sie mit einem besonderen Motiv begangen werden können.

Folgend auf diese Straftaten sind im zweiten Abschnitt zwei neue Straftatarten geordnet worden: Einwanderungsschmuggel und Menschenhandel (Art. 79-80). Alle beiden Artikel wurden wegen den betreffenden Vereinbarungen der UNO und den dazugehörigen Zusatzprotokollen anerkannt. Vor allem diese letzten zwei Verbrechensarten werden in den letzten Jahren von den kriminellen Vereinigungen intensiv begangen, die die Türkei zu einem Transitland geschaffen haben. Da die Verbrechen, die sich auf den Menschenhandel beziehen, vor allem als Vermittlungstaten bei organisierter Prostitution verwirklicht wird, wurde der Text vom Art. 80 nach ca. 1,5 Jahren geändert und neben den typischen Taten auch die Menscheneinfuhr ins Land, Unterbringen von Menschen im Lande im Sinne für die Prostitution, in den Artikeltext eingefügt. Hier muss beachtet werden, dass in der Türkei nicht die Prostitution an sich selber sonder die Vermittlung für Prostitution als Verbrechen angesehen wird.

Die Verbrechen gegen die Freiheit (Art. 106-124) stellen eine lange Liste dar und neben den klassischen Straftaten wie Bedrohung, Erpressung, Gewalt, Freiheitsbeschränkung, Verhindern der Ausbildung und Lehre, Verhinderung der Benutzung von gewerkschaftlichen Rechten, behindern der Glaubens- und Meinungsfreiheit, Behinderung der Arbeit- und Arbeitstätigkeitsfreiheit, ungerechte Körperdurchsuchung, Behinderung der Kommunikation sind auch den neuen Straftaten wie Antidiskriminierung, Behinderung des Antragstellungsrechtes und Personenstörung von Frieden und Ruhe (Art. 121-123) der Platz eingeräumt worden. Der Umfang der Straftat der Antidiskriminierung ist eng gehalten und wird in der Lehre kritisiert. Diese Bestimmung beinhaltet die Einzelheiten wie Gesetz der Deutschen allgemeinen gleichen Behandlung und bezieht sich nur auf den Verkauf von Gütern, Nutzen von Dienstleistungen, Einstellungen, Zurückweisungen der Dienstleistung von Behörden und die Behinderung der wirtschaftlichen Effektivität. Die Diskussionen in der Öffentlichkeit über den Grundstückverkauf an Ausländer haben auch dazu beigetragen, dass diese Bestimmung anerkannt wurde und führten sowohl zu Bestimmungen als auch zur Änderung dieser Straftat. Ferner bei der Anwendung

von Straftaten wie telefonieren, die die Ruhe und den Frieden der Personen stören würde, Lärm erzeugen usw. werden in der Praxis beinahe überhaupt nicht angewendet.

Im neuen türk. StGB sind auch andere neue Verbrechenstypen bestimmt worden: wie zum Beispiel die Gefährdung der allgemeinen Sicherheit (Art. 170 und § 171), Verbreitung von Radioaktivität (Art. 172), Beitragung einer Explosion mit Atomenergie (Art. 173), die unerlaubte Aufbewahrung von gefährlichem Gut (Art. 174), die Fahrlässigkeit der Beobachtung von Geistesgestörten (Art. 175), die Übertretung der Bau- und Gebäudeabbruch (Art. 176), die gefährliche Zurücklassung von Tieren (Art. 177), die Gefährdung der Verkehrssicherheit (Art. 179-180), die Umweltverschmutzung (Art. 181-182), die Verursachung von Lärmverschmutzung (Art. 183) und die Verursachung von Bauverschmutzung (Art. 184).

In den Verbrechen gegen die öffentliche Verwaltung ist der Umfang der Täterschaft erweitert worden; Hier ist der Täter nicht mehr der Angestellte sondern der öffentliche Beamte (Art. 247 vd). Der Gegenstand der Unterschlagung bedeutet, dass die Tat zum Zwecke der vorläufigen Benutzung und späteren Rückgabe des Gegenstandes begehen wurde, was aber ein anderes Verbrechen ist und unter Benutzung der Unterschlagung angewendet wird und der allgemeinen Unterschlagung gegenüber eine geringere Strafe erfordert (Art. 247/3). Der hohe Wert des betroffenen Gegenstandes, ist bei der Unterschlagung kein Grund für Strafverschaerfung, während der niedrige Wert ein Grund für Strafmilderung ist (Art. 249). Die Abgabe oder das Entgegennehmen von Schmiergelds seitens des öffentlichen Beamten, damit er seine Aufgabe rechtsmaessig erfüllen soll, wird im neuen türk-StGB nicht mehr bestraft (Art. 252). Diese Änderung ist eine unakzeptabler Fehler und “da unsere Bevölkerung die Ansicht trägt, dass wenn kein Schmiergeld vergeben wird, die Arbeit nicht beendet wird“, ist die Artikelbegründung, dass diese Straftat aus dem Gesetz herausgenommen wurde, sowohl hinsichtlich zur Verbrechenspolitik nicht anzuerkennen als auch zu einer qualitativen Bestechungsverordnung widerspruchsvoll. Gemäß Art. 257/3. des türk. StGB können einige dieser Taten zum Korruptionsverbrechen führen und einige können zu allgemeinem Taschenverbrechen führen, die wegen Missbrauch des Dienstes als neue Art hervortreten. Im Hinblick auf den Täterstatus ist der Umfang des Bestechungsverbrechens etwas erweitert worden und einige natürliche Personen, die keine Beamten sind, wurden einzeln aufgezählt und angenommen, dass diese auch qualitative Bestechungsverbrechen begehen können (siehe Art. 252/4). Die als internationale Bestechung genannte und eigentlich für den Schutz der internationalen Handelsbeziehungen und den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Europäischen Gemeinschaft dienende neue.

Art von Bestechungsverbrechen ist im Jahre 2001 im alten türk. StGB als Verbrechen bestimmt worden und trägt einige Eigenschaften: dieses Verbrechen bestraft hinsichtlich der Zahl der Täter und den Handlungen einen viel größeren Bereich (Art. 252/5). Auf der anderen Seite ist dieses Verbrechen in Bezugnahme auf die Ermittlung und Fahndung, ausgenommen der Auslieferungsumgang der Verbrecher, bei den örtlichen Anwendungen der Strafnormen werden die

“Universalitätssystem“ (=Schutz / Recht) mit eingeschlossen und wer auch immer diese Straftat in irgendeinem Ort auf der Welt begeht, wird erst dann bestraft werden können, wenn sich der Täter in der Türkei befindet (Art. m13/1-h). Ferner wurde auch in der Änderung zu diesem Verbrechen anerkannt, dass die Massregeln für juristische Personen angewendet werden, die das Bestechungsverbrechen begehen haben und zu seinen Gunsten ungerecht Nutzen gezogen hat (Art. 253). Taetige Reue ist bei den Unterschlagungs- und Bestechungsverbrechen ein Grund für die Strafmilderung (siehe Art. 248 und 254). Die Straftaten in diesem Abschnitt von Unterlassung der Amtspflichten und Missbrauch der Amtspflichten, sind als Arten der Straftaten des Missbrauches des Dienstes bestimmt worden (Art. 257). Die bedeutende fehlerhafte Verordnung in dieser Straftat ist die Änderung von 2005, in welchem dieses Verbrechen nicht mehr als Gefährdungsdelikt sondern als Verletzungsdelikt bewertet wurde: für die Entstehung einer Straftat muss die Betroffenheit der Personen vorhanden und ein Schaden der Öffentlichkeit zugefügt sein oder die Einzelperson muss ein ungerechtes Gewinn haben (§ 257). Die Ausdrücke in der Artikelbegründung und die Beschlüsse des Kassationsgerichtshofes sprechen für einen materiellen Verlust/Gewinn. Wegen dieser fehlerhaften Änderung können die öffentlichen Beamten bei vielen Taten wegen Unterlassung oder Missbrauch nicht bestraft werden. Im 257. Artikel 3. Absatz wurde eine neue Art Amtsmisbrauchstraftat zugefügt. Gemäß dieser neuen Straftat wird der Staatsbeamte bestraft, falls kein Grund für ein Bestechungsverbrechen besteht, weil er die erforderlichen Bedingungen für die Ausführung seiner Aufgabe von Personen für sich selbst oder für anderen Nutzen gezogen hat. Wenn die Taeter Richter und hohe Beamter u.a. sind, dann wird die Strafe verschaerft. So wird in der Praxis wegen hohen Strafen die Taten solcher hohen Beamten nicht als Bestechung oder Unterschlagung, sondern als Amtsmissbrauch bewertet. Eines dieser Verbrechen in dieser Gruppe wurde geändert: Das Straftat der gemeinsamen Verlassung oder die nicht Erfüllung des öffentlichen Dienstes (Art. 260). Es ist ein Verbrechen, wenn die öffentlichen Beamten in einer Gruppe (mindestens 4 Leute) ihre Dienststelle verlassen, nicht zum Dienst erscheinen, ihre Leistung teilweise oder im Ganzen nicht erfüllen oder verlangsamen. In einigen Entscheidungen, die das Revizionsgericht in den Jahren 1994 und 1995 getroffen hat, wurden die Bestimmungen des Europäischen Rats in dem ILO Vertrag direkt angewendet und 2005 wurde eine besondere Bestimmung hinsichtlich dieser Straftat eingeführt, weil die Handlungen der Personen, die bei einer Versammlungen oder einer Demonstration, für Schaffung oder Verbesserung von sozialen und beruflichen Rechten teilnehmen und deshalb ihre Dienststelle verlassen, ihren Dienst nicht erfüllen oder verlangsamen, als rechtlich geeignet gefunden hat. Dementsprechend verfügt der Richter über eine breite und maßlose Bemessung, wenn die öffentlichen Beamten ihre Dienste wegen beruflichen oder sozialen Rechten, ohne dass sie ihre Diensterfüllung behindern, vorläufig oder kurzfristig den Dienst niederlegen oder verlangsamen, hier kann der Richter in der Bestrafung Ermäßigung einführen oder drauf verzichten (Art. 260/2).

Аннотация

Энвер Йенер (Туреччина). **Новий кримінальний кодекс Туреччини.** – Стаття.

За останні 75 років у Туреччині було здійснено багато важливих змін. Монархію перемінила Республіка, однопартійну систему багатопартійна система(1950), після військового путчу вільна конституція , демократична система, визнання права особистості багатьох (1960), потім військова інтервенція й реакція держави на зловживання відносно прав особистості (1971) і потім знову військовий путч (1980) і цього разу авторитарна Конституція .

Заявка про вступ у ЄС в 1987 і з 1999 кандидат на членство в ЄС і роботи адаптації до ЄС. З цими політичними й соціологічними змінами турецький кримінальний кодекс також новеллировался. Так, у проміжок часу з 1931 по 2003 рік, майже 60 раз вносилися зміни в нього.

На базі проекту кримінального кодексу 2003 року парламент сформував комісію, яка складалася з 5 депутатів і 3 фахівців кримінального права. Ця комісія протягом 9 місяців розробила проект нового турецького кримінального кодексу. Кодекс був прийнято у вересні 2004 і з 01.06.2005 набув чинності.

Ключевые слова: уголовный кодекс, уголовная политика; легитимность уголовного права; адекватность уголовних способов; принцип соотносительности; принцип равенства перед законом.

Summary

Yener Ünver. **New Criminal Code of Turkish.** – Article.

The new Criminal Procedure Code in Austria (set into force 1st January 2008) gives the victim of crime a complete new status of party apart from the private participation. The victim has full protection of the law, which includes full information of the process and his/her rights, assistance and control in an early stage of proceedings. All victims can participate in trial or in pre-trial stage, have the right to question the defendant, can put legal remedy against acts of the police or prosecutor in pre-trial stage and have the right of appeal against the sentence of private damages and even the nullity appeal against acquittal in special cases. The Code allows a legal representation and legal aid even without payment. In sexual offence cases a psychosocial and juridical assistance and a "gentle questioning" is possible. Public and non governmental institutions, like Victim Support Groups, offer special services to assist in trial.

Key words: Criminal Code, Turkey.

УДК 343.9.1

Stefan Kirsch

ANMERKUNGEN ZU DEN MOGLICHKEITEN RATIONALER KRIMINALPOLITIK

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner viel beachteten Entscheidung zum Vertrag von Lissabon auch Ausfuehrungen zu den Besonderheiten strafrechtlicher Regelungen gemacht und u.a. ausgefuehrt: "Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich gepraegten Vorverstaendnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhaengig, die die jeweilige oeffentliche Meinung

© Stefan Kirsch, 2010

bewegen"[1]. Betrachtet man allein diesen Teil der Entscheidungsbegrundung, so konnte der Eindruck entstehen, rationale Kriminalpolitik sei auch im modernen Rechtsstaat nur in engen Grenzen moeglich, die an kulturelle, historische und sprachlich gepraegte Vorverstaendnisse anknupfen und auch den Stimmungslagen der oeffentlichen Meinung ihren Tribut leisten. Dieser Eindruck aber trugt. Vielmehr soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, ein Modell rationaler Strafgesetzgebung vorzustellen und dabei die wiedergegebene Passage, die dem Verfassungsgericht harsche Kritik eingetragen hat, in einen umfassenderen Kontext einzuordnen (Dr. jur., Rechtsanwalt und Fachanwalt fuer Strafrecht in Frankfurt am Main, Honorary Fellow Durham University und Lehrbeauftragter an der Philipps-Universitat / Marburg).

Strafrecht greift tief greifend in die Rechte der von ihm Betroffenen ein. "Der Gesetzgeber uebernimmt mit der Entscheidung ueber strafwuerdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung fuer eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zahlt"[2]. Das gilt nicht allein fuer die von strafrechtlichen Sanktionen Betroffenen, sondern auch fuer Eingriffe im Rahmen der Ermittlung und Aburteilung von Straftaten im Strafverfahren, die nicht allein den Beschuldigten, sondern auch Dritte treffen koennen. Aufgrund dieses Eingriffscharakters muss sich das Strafrecht im modernen Staat daher die Frage nach seiner Rechtfertigung gefallen lassen.

Als denkbares Prufuengsschema fuer eine solche Rechtfertigung bietet sich das sog. Verhaeltnismaessigkeitsprinzip oder "Ubermaessverbot" an[3]. Nach diesem Prinzip muss jede Massnahme, die in ein Grund- oder Menschenrecht eingreift (a) einen legitimen oeffentlichen Zweck verfolgen und (b) geeignet, erforderlich und verhaeltnismassig im engeren Sinn – nicht selten spricht man im Hinblick hierauf auch von "Angemessenheit" sein.

Um die Frage nach der Verhaeltnismassigkeit einer konkreten staatlichen Massnahme beantworten zu koennen, ist die Feststellung und Benennung ihres Zwecks der erste Schritt. Denn jenseits der Frage, ob es sich insoweit um einen legitimen Zweck handelt, setzt der Zweck den Massstab und Bezugspunkt fuer die Frage, ob ein Eingriff in ein Grund- oder Menschenrecht zur Erreichung gerade dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist[4].

---

[1] BVerfG (2. Senat), Urteil vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 253. Ahnlich auch Rn. 363: „Das gilt umso mehr, je enger diese Wertvorstellungen mit historischen Erfahrungen, Glaubenstraditionen und anderen fur das Selbstgefuhl der Menschen und ihrer Gemeinschaft wesentlichen Faktoren verknupft sind."

[2] 2 BVerfG (2. Senat), Urteil vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 356.

[3] Vgl. BVerfG (2. Senat), Beschl. vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, Rn. 35: „Wegen des in der Androhung, Verhangung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialethischen Unwerturteils kommt dem Ubermassverbot als Massstab fur die Uberpruefung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu."

[4] Vgl. auch BVerfG (2. Senat), Beschl. vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, Abweichende Meinung des Richters Hassemer, Rn. 76: „Unverzichtbarer Bestandteil der Entscheidung des Gesetzgebers ist jedenfalls Klarheit uber die Ziele, die er mit seiner Regelung verfolgt."

Hieraus folgt zunaechst, dass eine Rechtfertigung von Strafe oder Strafrecht ohne Angabe von Zwecken im modernen Staat keinen Platz mehr hat. Die so genannten absoluten Straftheorien (Kant, Hegel) koennen die erforderliche Rechtfertigung der Strafe nicht leisten.

Als grundsaetzliche legitime Zwecke der Strafe und des Strafrechts anerkannt werden aber: (a) der Schutz der Gesellschaft vor dem Taeter ("negative Spezialpraevention"), (b) die Besserung des Taeters und seine Resozialisierung ("positive Generalpraevention"), (c) die Abschreckung der Gesellschaft von der Begehung von Straftaten ("negative Generalpraevention") sowie (d) die Staerkung des Vertrauens der Bevoelkerung in die Rechtsordnung ("positive Generalpravention").

Als weitere Zwecke der Strafe und des Strafrechts genannt werden die Gewahrleistung des Rechtsfriedens[1] oder – nicht zuletzt im Bereich des sich rapide entwickelnden Internationalen Strafrechts – die Genugtuung fuer das Opfer[2].

Inhaltlich ist der Strafgesetzgeber beschrankt auf den Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens, auf die Sicherung der Grundlagen einer geordneten Gesellschaft, und die Bewahrung wichtiger Gemeinschaftsbelange[3]. Ein insoweit plausibles und verwendungsfaehiges Instrumentarium zur Pruefung der Entscheidung des Gesetzgebers ist die strafrechtliche Rechtsgutslehre[4]. Denn auch wenn diese dem demokratischen Gesetzgeber keine Schranken aufzuerlegen vermag, so bereichert und strukturiert sie doch zweifellos die Entscheidungsfindung, indem sie sowohl systemimmanente – etwa in der Abgrenzung einzelner Delikte - als auch systemkritische Funktionen – etwa hinsichtlich der Strafwuerdigkeit eines bestimmten Verhaltens – uebernimmt und damit die Entscheidung des Strafgesetzgebers uber Schutzumfang und Schutztechnik gerechter, durchsichtiger und plausibler macht[5]. So knuepft allein die Rechtsgutslehre die Bestimmung der Aufgaben des Strafrechts an eine sichtbare Eigenschaft des strafwuerdigen Verhaltens und weist damit Versuche, strafbares Unrecht allein in einer Pflichtverletzung zu erblicken, zurueck. Zugleich inkorporieren und reflektieren die Rechtsgutslehren auch die in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon angefuehrten kulturellen, historisch gewachsenen und sprachlich gepragten Vorverstandnisse, die die Voraussetzungen der Strafbarkeit formen.

Steht fest, dass eine staatliche Massnahme einen legitimen Zweck verfolgt, so ist nach dem Verhaeltnismassigkeitsprinzip oder "Ubermassverbot" zu untersuchen, ob sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

---

[1] Vgl. BVerfG (2. Senat), Urteil vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 355.

[2] Vgl. Swart, International Criminal Justice and Models od the Judicial Process, in: Sluiter/ Vasiliev (eds.), International Criminal Procedure – Towards a coherent body of law, 2009, 93 (105).

[3] BVerfG (2. Senat), Beschl. vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, Abweichende Meinung des Richters Hassemer, Rn. 76.

[4] Hierzu AK-StGB-Hassemer vor § 1, Rn. 261, m.w.Nachw.

[5] Vgl. AK-StGB-Hassemer vor § 1, Rn. 255 ff.

Eine Massnahme ist geeignet wenn sie die Erreichung des Zwecks bewirkt oder zumindest fordert[1]. Zwar bestehen kaum empirisch gesicherte Erkenntnisse darueber, wie Strafe oder Strafrecht sowohl auf den Einzelnen als auch die Gesellschaft wirkt. Doch kann im Ergebnis kein Zweifel daran bestehen, dass die Androhung einer Sanktion fuer ein bestimmtes Verhalten abschreckend wirken kann, wahrend die Sanktionierung des Normbruchs als Signal der Unverbruechlichkeit der Norm gedeutet werden kann. Eine generelle Eignung der Strafe und des Strafrechts zur Forderung zumindest einzelner ihnen zugeschriebener Zwecke darf daher wohl angenommen werden.

Eine Massnahme ist erforderlich, wenn kein milderes Mittel gleicher Eignung zur Verfugung steht. Daher mangelt es an der Erforderlichkeit, wenn ein anderes Mittel verfuegbar ist, das in gleicher (oder sogar besserer) Weise geeignet ist, den Zweck zu erreichen, aber den Betroffenen weniger belastet[2]. Ungeachtet der unterschiedlichen Ansichten zum Zwecke der Strafe und des Strafrechts gibt es seit langer Zeit Diskussionen zu Alternativen des Strafrechts, die bis hin zur Abschaffung des Strafrechts gehen. Zutreffend ist, dass es zahlreiche Institutionen des sozialen Lebens gibt, die die gleichen Zwecke wie die Strafe und Strafrecht verfolgen und dabei deutlich weniger schwerwiegend in Grund- oder Menschenrecht eingreifen als das Strafrecht. Zu diesen Institutionen gehoeren etwa Familien, Kindergarten und Schulen, Betriebe oder Vereine bis hin zu aerztlichen Notdiensten. Dagegen handelt es sich bei Strafe und Strafrecht nur um einen Teilbereich der sozialen Kontrolle[3], der sich aufgrund der mit ihm verbundenen Eingriffsintensitaet durch eine besondere Formalisierung auszeichnet. Der Wert dieser Formalisierung liegt nicht allein im Schutz des Schwaecheren, sondern vor allem darin, dass er “Taeter” und “Opfer” distanziert und durch die Vorgabe bestimmter Handlungsoptionen eine Chance auf endgueltige Beilegung des Konflikts eroeffnet. “Das Strafrecht erbringt seine Formalisierungsleistungen auf zweierlei Weise. Es macht die Voraussetzungen, die Art und Weise sowie die Folgen seines Einsatzes schon vor diesem Einsatz oeffentlich und klar; es macht diesen Einsatz damit vorhersehbar, nachpruefbar und korrigierbar (“Schutztechnik”). Und es bindet seinen Einsatz an Grundsatze, die im Rahmen des moeglichen verhindern, dass die strafrechtliche Sozialkontrolle zu einer neuerlichen Rechtsverletzung wird (“Wertprinzipien”)”[4].

Zu den strafrechtlichen Schutztechniken gehoert bspw. das Gesetzlichkeitsprinzip (“nullum crimen, nulla poena sine lege“), zu den Wertprinzipien das Schuldprinzip[5], die Oeffentlichkeit des Verfahrens oder das Recht auf Verteidigung.

Angemessen – also verhaeltnismaessig im engeren Sinn – ist eine Massnahme nur dann, wenn die Nachteile, die mit der Massnahme verbunden sind, nicht ausser Verhaeltnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt. Bei der insoweit erforderlichen Gesamtabwagung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der

---

1 Vgl. BVerfG (2. Senat), Beschl. vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, Rn. 36.
2 Vgl. BVerfG (2. Senat), Beschl. vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, Rn. 36.
3 Vgl. auch BVerfG (2. Senat), Urteil vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 355.
4 AK-StGB-Hassemer vor § 1, Rn. 311.
5 Vgl. auch BVerfG (2. Senat), Urteil vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 364.

Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Grunde muss die Grenze der Zumutbarkeit fuer die Adressaten des Verbots gewahrt sein (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinn). Die Massnahme darf den Betroffenen nicht uebermaessig belasten. So folgt im Bereich staatlichen Strafens aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Taeters zu der Strafe in einem gerechten Verhaeltnis stehen muessen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Mass dem unter Strafe gestellten Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge muessen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein.1

(11) Nach alldem stellt das Verhaeltnismaessigkeitsprinzip ein hervorragend geeignetes Pruefungsschema zur Beurteilung strafrechtlicher Massnahmen dar. Ohne dem demokratischen Gesetzgeber inhaltliche Vorgaben zu machen, erlaubt das Verhaeltnismaessigkeitsprinzip eine nachvollziehbare und umfassende Darlegung aller im Bereich der Verbrechensbekaempfung durch Strafrecht einschlaegigen Gesichtspunkte und ermoeglicht so eine rationale Kriminalpolitik.

Анотація

***Стефан Кірх*. Зуваження про можливості раціональної кримінальної політики.** – Стаття.

Author examines the possibilities of a rational criminal policy in a modern constitutional state. It is determined that criminal law is more than justified for a modern society to ask for its legitimacy. Author stresses and justifies that criminal justice measures should legitimate; appropriate, necessary and based on the principle of proportionality, and the latter is a vital tool for any rational criminal law policy.

Key words: rational criminal policy, legitimacy of criminal law, appropriate criminal justice measures, necessary criminal justice measures, principle of proportionality.

Summary

***Stefan Kirsch*. Remark about possibilities of rational criminal policy.** – Article.

Автор досліджує можливості впровадження раціональної кримінальної політики в сучасній конституційній державі. Визначено, що кримінальне право є більше, ніж виправданим для сучасного суспільства та не потребує доказів своєї легітимності. Автор підкреслює та доводить, що засоби кримінального права мають бути легітимними, адекватними, необхідними та такими, що ґрунтуються на принципі пропорційності, і що останній є суттєво важливим інструментом для будь-якої кримінально-правової політики.

Ключові слова: раціональна кримінальна політика; легітимність кримінального права; адекватність кримінальних засобів; необхідність кримінальних засобів; принцип пропорційності.

[1] BVerfG (2. Senat), Beschl. vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, Rn. 37.

УДК 343.9.1

Hakan Hakeri

DAS OSMANISCHE STRAFRECHT VOR DEM TÜRKISCHEN STGB

Das türkische Strafrecht entstammt nicht dem islamischen Recht. Die Rezeption der Gesetze hat in der Türkei nicht mit der Republik angefangen. Schon im osmanischen Reich hat man ab Mitte des 19. Jahrhunderts viele europäische Gesetze übernommen. Das osmanische Strafgesetzbuch vom 1858 stellte fast wörtliche Übersetzung des französischen StGB vom 1810 dar und blieb bis zur Herausgabe des StGB von 1926 in Kraft. Das osmanische StGB vom 1858 ist das Gesetz, das bis zum Inkrafttreten des Zanardelligesetzes. Anwendung gefunden hat. Nach dem Zerfall des osmanischen Reichs wurde dieses Gesetz in den einigen neu unabhängig gewordenen Ländern weiter angewendet. So zeigt die türkische Gesetzgebung die Ausrichtung auf den Westen schon seit eineinhalb Jahrhunderten deutlich.

Auch vor der Republik gab es Versuche ein neues StGB vorzubereiten. Einer davon war im Jahre 1909. In diesem Jahr wurde das Zanardelli Gesetz aus der französischen Version ins türkische übersetzt und auf der Basis dieser Übersetzung ein Vorentwurf vorbereitet. So wurden einige Bestimmungen über Vergehen gegen das Vaterland eingefügt, dagegen wurde der Verbrechenstyp des Duells nicht übernommen. “In dieser Fassung wurde der Entwurf der Nationalversammlung vorgelegt. Bevor jedoch dort darüber Beratungen angestellt werden konnten, zog die Regierung den Entwurf zurück, mit der Begründung, dass er der sozialen Situation der Türkei nicht entspreche”. Man brauchte jedoch dringend eine Novellierung. Aus diesem Grund wurde der Vorentwurf zur Seite geschoben und das osmanische StGB vom 1858 im Jahre 1911 novelliert. Bei dieser Novelle war jedoch wiederum das Zanardelli Gesetz Vorbild.

“Auch während des ersten Weltkrieges sah man noch nicht die unmittelbare Notwendigkeit, ein neues Strafgesetzbuch zu schaffen. Der deutsche Justizberater Dr. Rudolf Heinze gab ein Gutachten ab, das dahin ging, das das alte Strafgesetzbuch mit der Дnderung von 1911 noch für weitere Jahre seinen Zweck erfüllen könne, nach dem Krieg müsse man dann in eingehender Arbeit ein neues Gesetzbuch schaffen”.

Noch im osmanischen Reich hat man nach dem ersten Weltkrieg noch mal versucht, das StGB zu reformieren. Die neu gebildete Kommission hat zwischen 1920 und 1921 gearbeitet. Aber wegen politischer Instabilit t konnte der Ausschuss seine Arbeit nicht zum Ende führen.

Nach der Ausrufung der türkischen Republik im Jahre 1923 beschritt die neue Türkei den unumkehrbaren Weg in den westlichen Rechtskreis. Nach der Ausrufung der Republik hat man wieder einen Ausschuss zur Vorbereitung eines Strafgesetzbuchs gebildet. Dieser Ausschuss hat bis 1925 gearbeitet. Die Regierung brauchte aber wieder dringend ein StGB. Aus diesem Grund hat man den Ausschuss abgeschafft und in 6 Monaten auf der Basis der Übersetzung des Zanardelli Gesetzes im Jahre 1909 das neue StGB in Kraft gesetzt. So wurde die vor 16 Jahren mit der

© Hakan Hakeri, 2010

Begründung, "er entspreche der sozialen Situation der Türkei nicht" vom Parlament zurückgezogene Übersetzung zum Gesetz erhoben. Damit wurde das am 1.7.1926 in Kraft getretene alte türkische StGB aus dem italienischen StGB in der Fassung von 1889 (Codice Zanardelli) übernommen, welches wiederum auf dem Strafgesetzbuch von Toskana von 1853 beruht.

Mit dieser Übernahme blieben alle Bemühungen, "die in vielen Jahren entstandenen und erwogenen Bestrebungen für die Schaffung eines den Verhältnissen des Landes so gut wie möglich angepassten Gesetzes zu fixieren, schließlich weitgehend ohne Erfolg". Hier spielte es große Rolle, dass die türkische Revolution von Atatürk nicht mehr warten und ihre Bindung mit der Vergangenheit möglichst schnell reißen wollte. Außerdem hatte man im Lausanner Vertrag versprochen, die westlichen Gesetze zu übernehmen.

So hat man einer der Bausteine der modernen Türkei, nämlich das Gesetz vom 1926 aus dem europäischen Steinbruch gefördert.

Der wichtigste Grund für die Auswahl des italienischen StGB ist, dass die Übersetzung des Gesetzes schon zur Hand war. Zweitens war dieses Gesetz nach den Menschenrechtserwägungen vorbereitet und demokratisch. Im Bericht des Justizausschusses hat man betont, dass dieses Gesetz das neueste und das perfekteste Gesetz sei. Außerdem wurde gesagt, dass Zanardelli Gesetz sehr liberal sei.

"Das ital. StGB wurde allerdings nicht vollständig aufgenommen. Es wurden hierbei einige Übersetzungsfehler gemacht. Ferner wurden einige Regeln des osmanischen StGB aus dem Jahre 1858 übernommen". Zum Beispiel im Bereich der Sexualdelikte.

Hiermit möchte ich darauf Aufmerksam machen, dass Zanardelli-Gesetz vielleicht das einzige Gesetz ist, das in drei einander folgenden Jahrhundert Anwendung gefunden hat, nämlich im 19, 20. und 21. Jahrhundert.

Ich hatte oben betont, dass das Zanardelli Gesetz nicht vollständig übernommen war. So hat der türkische Gesetzgeber wegen der Kulturunterschiede zwischen türkischen und italienischen Gesellschaft Sexualdelikte nicht aus dem italienischen, sondern aus dem osmanischen StGB übernommen. Hier muss ich aber besonders betonen, dass die aus dem osmanischen StGB übernommene Bestimmungen des türk. StGB im Bereich der Sexualdelikte freiheitlicher als die damaligen Strafgesetzbücher vieler zivilisierter Länder waren. Viele ethisch nicht gebilligte Handlungen werden nicht unter Strafe gestellt, wie zum Beispiel Inzest (Liederlichkeit), Homosexualität, naturwidrige Handlungen, Prostitution usw.

In einem Symposium im Jahre 1976 (im 50. Jahrestag des türk. StGB) hat man folgendes festgestellt: Das Quellengesetz, nämlich Zanardelli Gesetz als ein demokratisches und liberalistisches Gesetz wurde in der Türkei sowohl in einer totalitären Zeit (nach der Begründung der Republik und in der Militärregierungen), als auch in einem demokratischen Zeitraum angewendet. In all diesen Phasen wurde dasselbe Gesetz angewendet. Mit der Zeit wurde das türk. StGB mehrmals novelliert. Aber in allen extremen politischen Phasen hat man die Sanktionen dieses Gesetzes angewendet. Diese Feststellung wurde in einem Symposium anlässlich 70. Jahrs des türk. StGB wiederholt: Trotz aller politischen und soziologischen Änderungen in der

türkischen Gesellschaft, verschiedener politischen Regierungen und militärischer Interventionen hat das türk. StGB sein Existenz fortgeführt. Sogar in den Zeiten, wo die Demokratie und Parlament abgeschafft waren, hat man dieselben Bestimmungen angewendet. Das Gesetz wurde nicht außer Kraft gesetzt. Was sich daraus ergibt, ist, dass das alte türk. StGB mit seinen Grundlagen und Hauptstruktur im Prinzip ein gutes Gesetz war.

Ob dieses im Prinzip gute Gesetz auch gut angewendet wurde, ist fraglich. Es gibt viele Gründe: Erstens sind die ersten Anwender des Gesetzes die Richter, die nach dem islamischen Recht gebildet worden sind. Das Justizministerium hat MAJNO-Kommentar übersetzen lassen. Noch heute zitiert man von diesem Kommentar. Die Übersetzer dieses Kommentars waren jedoch keine Juristen. Der Kommentar wurde von verschiedenen Leuten mit Unterbrechungen in verschiedenen Zeiten übersetzt. Aber viele Bestimmungen wurden falsch übersetzt und in der Rechtsprechung sind viele Urteile auf der falschen Basis gebildet. Der zweite Grund ist die französische Wirkung. Das zeigt sich schon in der Tatsache, dass das Zanardelli Gesetz aus dem französischen ins türkische übersetzt worden ist. So wurde das italienische Gesetzt nach dem französischen Recht interpretiert. Das Gesetz kommt aus Italien, das Recht aber aus Frankreich. Das ist auch deswegen schlimm, weil die Strafgesetzbücher von Italien und Frankreich sehr verschieden sind. Erst ab 50'er Jahren werden die Strafrechtsbücher veröffentlicht, die nach der italienischen Literatur geschrieben worden sind.

In den letzten 75 Jahren sind in der Türkei sehr viele wichtige Änderungen verwirklicht. Von einer Monarchie zur Republik, von dem Einparteisystem zum Mehrparteiensystem (1950), nach der Militärputsch eine freiheitliche Verfassung, ein demokratisches System, Zuerkennung vieler Rechte der einzelnen (1960), dann eine militärische Intervention und die Reaktion des Staates auf den Missbrauch dieser Rechte (1971) und dann noch mal ein Militärputsch (1980) und diesmal eine autoritäre Verfassung. 1987 Bewerbung für die EU und seit 1999 Mitgliedskandidat und Anpassungsarbeiten zur EU. Mit all diesen politischen und soziologischen nderungen wurden auch das türk. StGB novelliert. So wurde das türk. StGB zwischen 1931 und 2003 fast 60-mal geändert.

Noch im seinen 30. Jahr wurden von den insgesamt 592 Artikeln über die Hälfte neugefasst. So ist der Codice Zanardelli nicht mehr ohne weiteres erkennbar. "Bei den ersten Novellen handelte es sich zum einen um die Korrektur von Übersetzungsfehlern und zum anderen wurden einige Regelungen, die zwar dem italienischen, nicht aber den türkischen Wertvorstellungen entsprachen, abgewandelt.

Im Jahre 1933 wurden 84 Artikel, 1936 146 Artikel und 1953 106 Artikel geändert. Die umfangreichste Novelle wurde im Jahre 1936 gemacht und das Vorbild dieser Novelle war wieder ein italienisches Gesetz, nämlich das Rocco Gesetz vom 1930. Bei dieser Novelle wurden insbesondere die Delikte gegen den Staat geändert. In den Anfangsjahren der jungen Republik gab es Aufstände. Die Republik war noch nicht demokratisch. Es gab nur eine Partei und der Staat gehörte der Partei. Und weltweite wirtschaftliche Krise im Jahre 1929 sind die Gründe zur Übernahme

der Staatsschutzbestimmungen des faschistischen Rocco Gesetzes. So wurden die autoritären Elemente in ein liberales StGB eingeführt. Eigentlich ist die Übernahme der Bestimmungen des 1930 italienischen StGB kein Zufall. Das ital. StGB passte gerade dem damaligen Staatsverständis in der Türkei. Zum Beispiel war der Landrat auch Direktor der Partei, der Innenminister war der Generalsekretär der Partei, ein politisches System mit einer Partei, eine Partei und ein Führer.

Die Novellen im türk. StGB sind meistens politisch, aber nicht systematisch. Zum Beispiel die Artikel, die mittlerweile aufgehoben worden sind, 141, 142 (kommunistische und faschistische Handlungen und Propaganda) insgesamt 5-mal, Art. 159 (Beleidigung staatlicher Organe) insg. 6-mal novelliert. Bei diesen Novellen wurden aber die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Familie, Personen und Gesellschaft entweder nicht oder geringfügig geändert. Mit den täglichen und unsystematischen Änderungen hat man das System und den allgemeinen Strukturen geschadet, die Staatsschutzdelikte sehr autoritär, dagegen die Delikte gegen Freiheit übermäßig liberal bestimmt.

Für die ersten 50 jährigen Anwendung des türk. StGB kann man folgende Feststellungen machen: In diesem Zeitraum wurden in Europa neue Straftatbestande bestimmt, und einige Straftatbestande aufgehoben (sog. Dekriminalisation). Aber in der Türkei wurden gar keine Straftatbestände aufgehoben. Im Westen wurden die Strafen gemildert, dagegen in der Türkei verschärft. Nicht nur in den ersten 50 Jahren, sondern ab der Übernahme des 1889 Gesetzes wurden die Strafen immer erhöht, gar nicht verringert. Aus diesem Grund fand die bedingte Entlassung nach dem alten t. StGB in der Regel schon nach Verbüßung der 2/5 der Strafzeit statt, wodurch die im internationalen Vergleich sehr hohen Freiheitsstrafen in der Türkei gemildert werden. Strafvollzugsgesetz ließ die Strafaussetzung zur Bewährung bei Geldstrafe und Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (Zuchthausstrafen bis zu einem Jahr, Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren und Haft) (bei jugendlichen bis zu drei Jahren) zu. Auch wurden in keinem europäischen Land so oft allgemeine Straferlassgesetze erlassen. Zuletzt wurde im Jahre 2000 ein solches Gesetz in Kraft gesetzt und so wurden 20 tausend von 60 tausend Verurteilten freigelassen.

Die militärischen Inventionen seit 1960 haben auch auf das juristisches System negativ bewirkt. So wurden auch die bestehenden Normen anders interpretiert und angewendet. Dieselben Bestimmungen wurden in verschiedenen Perioden anders angewendet. Die aus Italien übernommenen politischen Bestimmungen wurden in Italien liberal aber in der Türkei autoritär angewendet.

Die Todesstrafe gab es im Quellengesetz nicht. Im türk. StGB hat man insb. im Bereich der Staatsschutzdelikte insgesamt für 15 Straftaten Todesstrafe vorgesehen. Mit der Novelle von 1936 wurden für noch 7 Straftaten Todesstrafe vorgesehen, dagegen für 3 Straftaten bestehende Todesstrafen in die Freiheitsstrafe umgewandelt. In den folgenden Novellen wurden auch im Bereich der Betäubungsmittel, Vergewaltigung mit Todesfolge, Mädchenentführung mit Todesfolge und Entführung Todesstrafen hinzugefügt. Ab dem Jahre 1990 zeigt der Pfeil nach unten. So hat man nur für 13 Straftaten (davon 12 im Bereich der Staatsschutzdelikte und 1 bei Mord) Todesstrafe beibehalten und die anderen

aufgehoben. Hiermit möchte ich darauf Aufmerksam machen, dass diese Novelle 3 Jahren nach der Bewerbung für EU stattgefunden hat.

Eigentlich wurden die Todesstrafen in der Türkei bis auf militärische Regierungsperioden nicht vollstreckt. So gab es zwischen 1962 und 1972 gar keine Vollstreckung, nach der Militärinvention im Jahre 1971, 2 Vollstreckung; dann bis 1980 keine Vollstreckung aber dann nach Militärputsch im 1980, 37 Vollstreckung bis 1984. Seitdem erfolgte bis heute keine Vollstreckung mehr. Das türkische Parlament hat am 03.08.2002 die Todesstrafe abgeschafft. Die Todesstrafe dürfte künftig nur noch in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr verhängt werden. Die Türkei kam einer wesentlichen Forderung der EU vor Beginn von Beitrittsverhandlungen nach. 2004 wurde die Todesstrafe ganz abgeschafft.

Nach so vielen Novellen im StGB bestand aber ein Reformbedürfnis, insbesondere hinsichtlich des Allgemeinen Teiles, jedoch weiterhin.

Auf der Basis des Entwurfes 2003 wurde im Parlament eine Kommission gebildet, die aus 5 Abgeordneten und 3 Strafrechtler bestand. Diese Kommission hat in ca. 9 Monaten den Entwurf eines neuen türk. StGB erarbeitet. Das Gesetz wurde im September 2004 verabschiedet und am 01.06.2005 in Kraft getreten.

Die Türkei ist ein Land, wo in den letzten 150 Jahren die Gesetze im Strafrecht durch Übernahmen entstanden sind. Die Länder, die auf das türkische Strafrecht einwirken, können geschichtlich wie folgt festgestellt werden. Jahrhundertelang galt im osmanischen Reich im Wesentlichen das islamische Recht. Im 19. Jahrhundert sehen wir die massive französische Wirkung in allen Bereichen im osmanischen Reich, auch im Strafrecht, insbesondere wegen der Übernahme des französischen StGB vom 1810 im Jahre 1858. Da auch das Codice Zanardelli aus dem Französischen übersetzt wurde und bis dahin die meisten Strafrechtler französisch sprachen, wurde das Zanardelli Gesetz lange Zeit nach dem französischen Recht interpretiert. Erst in den 40'er Jahren werden an der Universität Istanbul die Assistenten eingestellt, die italienisch konnten.

In letzter Zeit sehen wir nicht nur im Strafrecht sondern in allen Bereichen der Rechtswissenschaft einen großen deutschen Einfluss. Das liegt nicht nur daran, dass die deutsche Professoren jüdischer Abstammung während des zweiten Weltkrieges in die Türkei geflüchtet und an den Universitäten gelehrt haben, sondern auch daran, dass die deutsche Rechtswissenschaft sehr fortgeschritten ist, dass wir einige Gesetze aus Deutschland übernommen haben und zuletzt auch daran, dass man für die Forschungen in Deutschland auch von deutscher Seite sehr großzügige finanzielle Unterstützungsmöglichkeiten hat.

Nach der großen Rechtsrevolution nach 1923 versucht man jetzt wieder einmal im Rechtsbereich wichtige Schritte zu machen. Die wichtigsten Grundgesetze werden reformiert. Zuletzt wurde im Jahre 1926 das aus der Schweiz übernommene BGB abgeschafft und am 1.1.2002 ein "BGB made in Turkey" in Kraft gesetzt. Diesen Schritt ist man im Strafrecht auch gegangen.

Die Türkei mit ihrer Rechtsordnung und von ihr unterzeichneten internationalen Konventionen hat sich mit dem Westen verbunden. Es gibt ein Rechtsnetz zwischen der Türkei und Europa. Es wird natürlich einige verschiedene Regelungen geben.

Das sind doch keine Gegensätze, sondern nur Nuancen. Die Strafrechtsordnungen der europäischen Länder gehören zwar einem anderen Kulturkreis an, als die Türkei. Das türkische Strafrecht steht aber in seiner 150 jährigen Entwicklung heute so nahe, wie nie zuvor.

Insbesondere, nachdem die Türkei offizieller Beitrittskandidat für die EU geworden ist, muss man dem gemeinsamen europäischen Recht noch vorsichtiger folgen.

Аннотация

Хакан Хакери (Туреччина). **Історія турецького кримінального права від кримінального права Османської імперії до нового кримінального кодексу Туреччини.** – Стаття.

Турецьке кримінальне право не походить від ісламського права. Рецепція законів почалася в Туреччині в часи республіки. Уже в Османській імперії із середини 19 століття було запозичено й узято за основу багато європейських законів.

Кримінальний кодекс Османської імперії 1858 року являв собою майже дослівний переклад французького кримінального кодексу 1810 року й залишався в силі до появи кримінального кодексу 1926 року. Кримінальний кодекс Османської імперії 1858 року це закон, який застосовувався до набрання чинності законом Цанардели (кримінальний кодекс Італії 1889 року). Після розпаду Османської імперії цей закон застосовувався в багатьох обретших незалежність країнах. Так чітко демонструє турецьке законодавство свою спрямованість на захід протягом півтора сторіч і до наших днів.

Ключевые слова: уголовное право; уголовный закон, неотвратимость наказания; принцип справедливости.

Summary

Hakan Hakeri. **The Criminal law for Ottoman empire untile the adopting of the new Turkish Criminal code of 2004.** – Article.

Turkish Criminal law doesn't take its origin from Islamic law. Reception of laws started in Turkey at time of Republic. Many European laws were borrowed and taken as a basis in Ottoman Empire from the middle of 19 century. Ottoman Empire Criminal Code of 1858 was almost a literal translation of French Criminal Code of 1810 and was in force till Criminal Code of 1926. Ottoman Empire Criminal Code of 1858 is a law used before Canardeli Law came into force (Criminal Code of Italy 1889). After Ottoman Empire disintegration this law was used in many newly independent states. Turkish legislation clearly shows its orientation to the West during one and a half centuries and till nowadays.

Key words: Criminal Law, Turkey

Розділ 3

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 343.3/7(470)

С.В. Маликов

СРОКИ В ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УК РФ КАК ЭЛЕМЕНТ МЕХАНИЗМА УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ

Время и право – фундаментальные, базовые категории гуманитарного знания, основа понимания мира. Первая из них категория всеобщая, вторая – исключительно относящаяся к социальной действительности.

В процессе социального и научного прогресса фактор времени приобретает все большое значение в различных областях познания и общественной жизни. Как и любая другая социальная деятельность, правовая жизнь протекает во времени. Представление о нем и его сущности трансформируется вместе с наукой [3, с. 4-8].

Временные параметры используются в УК РФ на двух уровнях: первый – время совершения преступления, определяемое как конкретный период, характеризующийся определенными общественно-политическими событиями [11, с. 121], или как время совершения общественно опасного действия (бездействия) (ст. 9), второй – обстоятельства времени, являющиеся признаком объективной стороны преступления.

Одним из видов обстоятельств времени является срок, с началом и (или) окончанием течения которого уголовный закон связывает наличие или отсутствие состава преступления и определяет характер преступного деяния.

Рассматривая сроки в качестве обязательного признака состава преступления, большинство авторов полагают, что совершение некоторых видов деяний в определенное время придает им общественно опасный характер [19, с. 138].

Сторонники иной точки зрения убеждены, что время не способно определять общественную опасность деяния. Как отмечает Р.А. Сабитов, обстоятельства времени не могут рассматриваться в качестве объективного критерия криминализации, поскольку выступают не как причина общественной опасности, а как условие, в котором проявляется общественная опасность действия или бездействия [10, с. 25].

Нам представляется, что данная позиция не соответствует положениям действующего уголовного законодательства.

Влияние обстоятельства времени на общественную опасность совершенного деяния с точки зрения основания уголовной ответственности характеризуется двумя важнейшими моментами. Во-первых, этот процесс приводит к существенному изменению качества деяния, во-вторых, может протекать в двух противоположных направлениях: либо деяние в связи с указанными обстоятельствами становится преступным (то есть они выступают криминообразующим фактором), либо совершение преступления в определенное время влечет утрату им свойства общественной опасности [5, с. 85-86].

В УК РФ имеются два состава преступления, в которых присутствует указание на определенный срок; они предусмотрены ст. 1451 и 337. На практике и в теории неоднозначно решаются вопросы исчисления указанных в них сроков.

© С.В. Маликов, 2010

Первое из данных преступлений заключается в невыплате свыше двух месяцев заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных установленных законом выплат (ч. 1 ст. 1451 УК РФ).

Расчет криминообразующего периода (два месяца) необходимо производить таким образом: его началом является следующий после установленной даты день выдачи зарплаты, стипендии, пенсии; моментом окончания – истечение двух месяцев невыплат. Следовательно, преступление признается оконченным с ноля часов суток, следующих за последним днем невыплат.

Нужно также учитывать, что в случаях невыплаты заработной платы и иных выплат не применяется положение ст. 136 ТК РФ о том, что при совпадении с выходным или нерабочим праздничным днем выплата заработной платы производится накануне этого дня. При таком совпадении отсчет двухмесячного срока по ст. 1451 УК РФ правильнее производить со следующих суток за выходным или нерабочим праздничным днем [12, с. 53].

На наш взгляд, закон предельно корректно сформулировал криминообразующий период, однако в литературе тем не менее возникают споры.

Сложно согласиться с утверждением Н.И. Пикурова о том, что данное преступление признается оконченным после того, как двукратно (в течение двух месяцев) без уважительных причин будет нарушено право лица на получение зарплаты, пенсии, стипендии или иной выплат [8, с. 116].

Предметом рассматриваемого деяния могут быть признаны выплаты разового характера, в том числе и плата за один месяц отработанного времени – во всяком случае, это следует из грамматического толкования ст. 1451 УК РФ. В связи с этим невыплата свыше двух месяцев, например заработной платы за один отработанный месяц, даже и при оплате последующих отработанных месяцев, формально подпадает под признаки данного преступления.

М.Л. Селезнев полагает, что условием наличия состава преступления является невыплата зарплаты, стипендии и иных выплат в сроки свыше двух месяцев, то есть за три и более [6, с. 304].

Е.Я. Соктоева и З.Б. Соктоев считают, что исчислять день, на который приходится минимальный период невыплаты, необходимо “со следующих за днем выплат суток по истечении двух месяцев невыплат (соответственно – при невыплате заработной платы – трех фактически отработанных работником месяцев, при невыплате разового платежа – двух месяцев ожиданий адресата выплаты)” [13, с. 33].

Приведенные позиции вызваны ошибочным пониманием формулировки “свыше двух месяцев” и не соответствует смыслу закона.

Указанные трудности дают основание некоторым ученым утверждать, что оговоренный в законе срок вообще не следовало формулировать, а для ответственности достаточно самого факта незаконной невыплаты денежных средств [4, с. 5].

На наш взгляд, исключение указания на криминообразующий срок из данного состава преступления чрезвычайно расширило бы границы уголовно наказуемого деяния, что нельзя признать справедливым. Необходима дифферен-

циация ответственности в зависимости от периода невыплаты зарплаты, стипендии, пенсии или иных платежей.

Следственная практика предпочитает использовать такие характеристики невыплаты, как “длительная”, “злостная”, “критическая”, а не конкретные сроки. В данном случае можно отчасти согласиться с А.Д. Антоновым, указывающим, что введение в УК РФ ст. 1451 носит ситуативный характер в связи с развернутой в прессе компанией и давлением общественного мнения из-за непрекращающихся перебоев в выплате зарплаты [1, с. 80].

Однако из этого не следует, что далеко не всегда создание законодательной новеллы основывается на адекватном и глубоком осознании общественной необходимости. Нередко вывод о целесообразности изменения уголовного закона основывается на восприятии отдельных событий, носящих случайный характер [1, с. 81].

Указанный состав преступления, на наш взгляд, представляет собой уникальный инструмент уголовно-правового воздействия на общественные отношения путем установления определенных темпоральных параметров.

Примером более детальной дифференциации ответственности на основе закрепленного срока является состав преступления, предусмотренный ст. 337 УК РФ.

Основной состав указанного преступления заключается в самовольном оставлении части или места службы, а равно неявке в срок без уважительных причин на службу при увольнении из части, при назначении, переводе, из командировки, отпуска или лечебного учреждения продолжительностью свыше двух суток, но не более десяти суток, совершенные военнослужащим, проходящим военную службу по призыву (ч. 1). Квалифицирующими обстоятельствами являются неявка в срок без уважительных причин на службу продолжительностью свыше десяти суток, но не более одного месяца (ч. 2) и неявка продолжительностью свыше одного месяца (ч. 4).

Установление различных по длительности сроков объясняется тем, что военнослужащий, совершая самовольное оставление части или места службы на тот или иной отрезок времени, уклоняется от выполнения возложенных на него обязанностей военной службы, нарушает установленный порядок пребывания на военной службе, ставит себя вне воинского коллектива. Отсутствие военнослужащего на службе может отрицательно повлиять на выполнение повседневных задач боевой подготовки, поставленных перед подразделением, частью, кораблем [2, с. 3].

Установленный в законе срок определяет юридические границы деяния, выраженного в неявке на службу: его начальным моментом следует считать истечение срока явки военнослужащего в часть или место службы, указанное в соответствующем документе (командировочном предписании, отпускном билете, увольнительной записке), конечным моментом – следующий за десятыми сутками день с момента неявки вплоть до месячного срока.

Началом самовольного оставления части является момент оставления военнослужащим расположения воинской части или места службы, а конечным

– следующий за десятыми сутками день с момента самовольного оставления части.

Исчисление сроков по данной категории дел осуществляется по следующей схеме: течение срока начинается при самовольном оставлении части (места службы) с часа убытия, а при неявке в срок на службу – с часа, следующего за установленным временем явки (если час не установлен, то с ноля часов суток, следующих за датой явки), а оканчивается в час фактической явки либо задержания.

Поэтому нельзя согласиться с мнением Х.М. Ахметшина, считающего, что окончанием указанных в ст. 337 УК РФ действий является время явки военнослужащего в расположение воинской части или место службы либо время его задержания вне пределов расположения воинской части или места службы [2, с. 4]. В данном случае речь скорее всего идет о фактическом окончании преступления.

Фактически преступление окончено при явке военнослужащего в расположение воинской части или место службы, при его задержании вне пределов расположения воинской части или места службы либо явка в расположение другой воинской части или в военную комендатуру города [2, с. 4].

С момента фактического прекращения данного деяния исчисляется срок давности привлечения к уголовной ответственности за рассматриваемое преступление.

Как и в случае с невыплатой заработной платой (ст. 1451 УК РФ), так и в случае с самовольным оставлением части (ст. 337 УК РФ) неоднократное совершение действий в течение срока, меньшего, чем закрепленный уголовно-правовой нормой, не образует состава преступления, сроки не подлежат суммированию.

Так, неоднократное или систематическое самовольное оставление части или систематичное невозвращение в часть без уважительных причин на сроки не свыше двух суток являются дисциплинарными проступками.

Ю.М. Ткачевский предлагает обратиться к опыту УК Латвии, который устанавливает ответственность за самовольное оставление части или необоснованную явку в часть свыше одних суток, но не более трех суток или за подобные действия продолжительностью менее одних суток, но совершенных повторно в течение трех месяцев [15, с. 26].

Вопрос о снижении временного порога неявки на одни сутки, на наш взгляд, не является принципиальным в мирное время и может быть обоснованным лишь в условиях военного времени, в мирное же время достаточно мер дисциплинарной ответственности за неявку на службу в срок меньший, чем двое суток.

Можно констатировать, что наличие конкретного срока в характеристике преступления, с одной стороны, упрощает деятельность правоприменителя, с другой стороны, обязывает его к точному определению этого периода, так как лишь установление последнего дает возможность признать в содеянном наличие состава преступления.

Следование последнему правилу поможет избежать ряда трудностей на практике.

Так, до внесения поправок в УК РФ от 27 декабря 2009 г. неоднозначно решался вопрос относительно квалификации несвоевременного возвращения лица в исправительное учреждение.

С точки зрения одних авторов, несвоевременное прибытие осужденного в места лишения свободы исключает уголовную ответственность. Такое поведение лишь формально содержит признаки уклонения от отбывания наказания, а по существу представляет собой нарушение установленного порядка, ответственность за которое предусмотрена ст. 115 УИК РФ [9, с. 414], [17, с. 933].

В соответствии с другой позицией уголовная ответственность исключается, если имеют место "случаи незначительного опоздания", которые в силу ч. 2 ст. 14 УК РФ не являются преступлением [7, с. 459].

Согласно третьему подходу невозвращение осужденного в установленный срок в места лишения свободы должно влечь уголовную ответственность [16, с. 646].

Мы поддерживаем последнюю позицию, исходя из следующих аргументов. Во-первых, осужденный предупреждается об уголовной ответственности за указанное нарушение. Во-вторых, практика привлечения осужденных за данное деяние к дисциплинарной ответственности может отрицательно сказаться на поведении других лиц, отбывающих наказание. В-третьих, размытость понятия "незначительность" по отношению к срокам неприменима. В-четвертых, законодательством не установлено каких-либо исключений, касающихся незначительного опоздания, предписывается неукоснительное соблюдение установленных смежным законодательством сроков.

Поэтому решением проблемы "незначительного" опоздания является либо дополнительная дифференциация сроков неприбытия осужденного в установленный срок (например, по аналогии со ст. 337 УК РФ, как предлагается Ю.М. Ткачевским [14, с. 9]), либо строгое следование установленным законодательным срокам.

На наш взгляд, более приемлема вторая позиция. В закрепление подхода о четком соблюдении сроков законодатель вводит изменения в УК РФ, в частности в ст. 314, наполнив ее новым содержанием: невозвращение в исправительное учреждение лица, осужденного к лишению свободы, по истечении срока отсрочки либо неявка в соответствующий орган уголовно-исполнительной системы лица, осужденного к лишению свободы, которому предоставлена отсрочка исполнения приговора или отбывания наказания по истечении срока отсрочки (ч. 2) [18].

Литература

1. Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 80.
2. Ахметшин Х.М. Самовольное оставление части ли места службы (научно-практический комментарий к ст. 337 УК РФ) // Право в Вооруженных силах. – 2004.– № 4.
3. Догадайло Е.Ю. Фактор времени в правовой системе // Академический юридический журнал. Иркутск. – 2008.– № 4.
4. Изосимов С.М. Статья 1451 УК РФ: вопросы квалификации // Следователь. – 2002. – № 5.
5. Кауфман М.А. Время совершения преступления и его уголовно-правовое значение: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1992.

6. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.Н. Мозякова. – М., 2004.
7. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. О.Ф. Шишова. Т. 2. – М, 1998.
8. Российское уголовное право. Особенная часть / под ред. М.П. Журавлева, С.И. Никулина. – М., 2000.
9. Российское уголовное право. Особенная часть / под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова.
10. Сабитов Р.А. Общественная опасность как критерий криминализации опасных деяний. – Омск, 1980.
11. Советское уголовное право. Общая часть / под ред. Г А. Кригера, Н.Ф. Кузнецовой, Ю.М. Ткачевского. – М., 1988.
12. Соктоева Е.И. Уголовная ответственность за невыплату заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат (по материалам судебной и прокурорской практики Уральского, Сибирского и Дальневосточного федеральных округов): дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005.
13. Соктоева Е.И., Соктоев З. Б. Уголовная ответственность за невыплату заработной платы, пенсий, стипендий и иных выплат. – Иркутск, 2005.
14. Ткачевский Ю.М. Уголовная ответственность за уклонение от отбывания лишения свободы // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2001. – № 5.
15. Ткачевский Ю.М. Уголовная ответственность за самовольное оставление части или оставление места службы // Вестник Московского университета. – 2005. – № 2.
16. Уголовное право России. Части Общая и Особенная / Под ред. А.И. Рарога. – М., 2005.
17. Учебно-практический комментарий к уголовному кодексу Российской Федерации / Под общ ред. А.Э. Жалинского. – М., 2006.
18. Федеральный закон от 29.12.2009 № 383-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации" // СЗ РФ. – 2010. – № 1. – Ст. 4.
19. Фефелов П.А. Общественная опасность преступного деяния // Советское государство и право. – 1977. – № 5.

Анотація

Маліков С.В. **Строки у Особливій частині КК РФ як елемент механізму кримінально-правового впливу.** – Стаття.

Вплив обставини часу на суспільну небезпеку здійсненного діяння з точки зору підстави кримінальної відповідальності характеризується двома моментами: цей процес призводить до істотної зміни якості діяння; може протікати у двох протилежних напрямках: або діяння в зв'язку із зазначеними обставинами стає злочинним або вчинення злочину в певний час тягне за собою втрату їм властивості суспільної небезпеки. Наявність конкретного строку в характеристиці злочину, з одного боку, спрощує діяльність правозастосовувача, з іншого боку, зобов'язує його до точного визначення цього періоду, тому що лише встановлення останнього дає можливість визнати в скоєному наявність складу злочину.

Ключові слова: строк, кваліфікація злочину.

Summary

Malikov S.V. **Terms as an element of mechanism of criminal and legal influence under the Special part of Criminal Code of Russian Federation.** – Article.

Circumstance of a time influence at social danger of a criminal deed regarding from basis of criminal liability is defined by two aspects: this process substantially changes the essence of a deed and can take place in two opposite ways: whether a deed under such circumstances becomes a crime, or whether it looses it's harmfulness after some time passes. Particular terms of application, defined by criminal law, on one hand eases the action of applicator, but on the other – bounds him with necessity to establish the term in order to state the structure of a crime.

Key words: term, qualification of crime.

УДК 343.6:179.7(438)

Н.Є. Маковецька

ВБИВСТВО НА ПРОХАННЯ (ЕУТАНАЗІЯ) ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Вбивство на прохання (еутаназія) як спосіб заподіяння смерті відома з сивої давнини. Він застосовувався,як свідчать історичні і літературні джерела, у практиці ряду племен і древніх держав. Зокрема це стосується індійських племен і Спарти. Спартанці, наприклад,вбивали тих дітей, які народжувалися кволими або хворими, а індійці вбивали або залишали на смерть від холоду чи голоду старих людей. Історії відомі факти потворного обґрунтування і використання вбивства на прохання (еутаназії). Так, на початку двадцятого століття Біндінг і Гохе відстоювали ідею про вбивство на прохання (еутаназію) як засіб знищення "неповноцінних" людей. Згодом нею скористалися фашистські ідеологи в Німеччині для вироблення нацистської "Програми такого вбивства (еутаназії)", згідно якої підлягали знищенню невиліковно хворі, новонароджені з "неправильним розвитком", душевнохворі, а також євреї, цигани, поляки і росіяни. Цей урок історії справедливо обурює людську свідомість і сьогодні, коли проблема (еутаназії) і в теоретичному і в практичному плані стала однією із злободенних [1].

Якщо право людини на життя визнане на міжнародно-правовому рівні, то право людини на смерть, необхідність якого у вигляді еутаназії обстоюють ряд вчених і практиків, не знаходить підтримки як на міжнародно-правовому рівні, так і нарівні абсолютної більшості цивілізованих держав. Між тим, в штаті Каліфорнія в1977 році, після багаторазових референдумів, був прийнятий перший у світі закон " Про право людини на смерть", а в штаті Індіана законом передбачений заповіт, в якому пацієнт може відмовитися від штучного продовження його життя в екстремальних умовах.

Пасивна еутаназія не вважається злочином у Фінляндії і Швеції, а в Голландії (1994р.) і Австралії (1995р.) воно дозволено законом. В той же час в Англії, Росії та інших державах таке вбивство (еутаназія) (активна і пасивна) заборонена законом. Доцільно нагадати, що в Російській імперії кримінальна відповідальність за вбивство, вчинене за наполяганням потерпілого або із співчуття до нього була передбачена Кримінальним уложенням 1903 року. Згідно ст. 460 Кримінального уложення такі дії каралися ув'язненням у фортеці на строк до трьох років [2].

Питання про право людини на смерть продовжує залишатися контраверсійним серед юристів, медиків та інших фахівців, однак більшість юристів виступають проти активної еутаназії, вважаючи її злочинною. Оскільки, як уже зазначалося, вбивство на прохання (еутаназія) в Україні заборонена, правомірно виникає питання кваліфікації діянь осіб, що її вчинять. Умисне ненадання (злочинна бездіяльність) медичним працівником допомоги хворому (пасивна еутаназія) з метою заподіяння йому смерті, як на прохання потерпілого, так

© Н.Є. Маковецька, 2010

і за його згодою, що призвело до такого наслідку, належить кваліфікувати як умисне вбивство за частиною 1 ст. 115 КК України. Не виключається кваліфікація вчиненого, залежно від обставин справи, за п. п.2, 4, 6, 8, 9, 11, 12 частини 2 ст. 115 КК України. При активній еутаназії у вигляді "вбивства з милосердя" дії винного, за наявності усіх інших ознак складу злочину, належить кваліфікувати, залежно від обставин справи, за частиною першою або другою ст. 115 КК України. Щодо "самогубства, що асистується лікарем (іншим суб'єктом)" та самогубства без участі лікаря (іншого суб'єкта), коли він лише надає хворому необхідні засоби для самогубства, то підстав для кримінальної відповідальності лікаря, як видається, немає. в таких випадках лікар є пособником самогубства, яке не є злочином згідно чинного КК України [3]. Доречно нагадати, що ст. 462 Кримінального уложення Російської імперії 1903року, передбачала ув'язнення у виправному будинку на строк до трьох років або ув'язнення у фортеці на строк до одного року за надання засобів до самогубства,якщо внаслідок цього воно було вчинене. Склад злочину схиляння до самогубства передбачений, зокрема, чинними кримінальними кодексами: Австрії (§ 78);Болгарії (ст. 127); Білорусії (ст. 146); Голландії (ст. 294); Іспанії (ч. 3 ст. 143); Швейцарії (ст. 115); Данії (§ 240); Польщі (ст. 151).

Польський законодавець, приймаючи в 1997 році новий Кримінальний кодекс, не приєднався до позиції деяких європейських законодавців, що допускають при певних умовах вбивство на вимогу (наприклад, в Нідерландах). Крім того, ст. 31 Кодексу лікарської етики забороняє лікареві застосовувати вбивство на прохання (еутаназію). Легалізація еутаназії спричинила б багато проблем. Як зазначає Р. Фенігсен, еутаназію можна обґрунтовувати необхідністю дотримання свободи вибору особи, але також її можна й обґрунтовувати необхідністю ліквідації асоціальних типів людей (соціальний дарвінізм) [4].

Вбивство на вимогу (еутаназія) відомо польському кримінальному праву давно. Вперше цей склад злочину був передбаченим в КК Республіки Польща 1932 року. В подальшому, при прийнятті КК Республіки Польща 1969 року законодавець ідентично описав цей склад злочину в новому кодексі та повторив опис усіх ознак цього складу злочину також і при прийнятті нині діючого КК Республіки Польща 1997 року.

Відповідно до § 1 арт. 150 КК Республіки Польща еутаназією є вбивство, що вчиняється при наявності двох умов: прохання потерпілого про позбавлення його життя, а також наявності у винної особи співчуття до потерпілого. Законодавець інших держав, де еутаназія є вбивством при пом'якшуючих обставинах, найчастіше обмежується вказівкою лише на вимогу потерпілого до винного про позбавлення його життя. Таким чином, польський законодавець дещо звузив рамки застосування статті про кримінальну відповідальність за еутаназію, тому що вбивство на прохання потерпілого але без наявності у винного співчуття до нього становитиме основний склад умисного вбивства, а не умисного вбивства при пом'якшуючих обставинах. Такий підхід польського законодавця, на нашу думку, свідчить про перевагу суспільних інтересів над індивідуальною волею особи до позбавлення себе життя.

Прохання про позбавлення життя потерпілого при еутанавтичному вбивства є виразом волі потерпілого. Таке прохання не слід розуміти як заповіт, що складається в письмовій формі та посвідчується нотаріально. Його може висловити особа, стан якої дозволяє розуміти значення своїх дій. Тому, не може бути таким прохання особи, що страждає на психічну хворобу чи інший розлад психічної діяльності, що позбавляє її можливості усвідомлювати значення своїх дій чи керувати ними. Так само не може мати правового значення прохання про вбивство потерпілого, що внаслідок малоліття не може усвідомлювати значення своїх дій. Аналіз арт. 32 Закону Республіки Польща "Про професію лікаря та лікаря-стоматолога" дозволяє зробити висновок про те, що не має кримінально-правового значення прохання про вбивство особи, що не досягла 16 років.

Для наявності складу вбивства на прохання (еутаназії) не достатньо лише згоди майбутнього потерпілого на таке вбивство. Прохання , на відміну від згоди містить в собі елемент тиску на психіку винної особи. Лише при наявності такого тиску можна говорити про вимогу в значенні § 1 арт. 150 КК Республіки Польща.

Крім того, прохання повинна бути добровільним виразом волі, позбавленим примусу, що виник не під впливом емоцій, а внаслідок довготривалих та серйозних роздумів. Потерпілий повинен домагатися позбавлення життя тривалий час, щоб виключити можливість прийняття рішення під впливом емоцій, переживань, алкоголю, наркотичних або психотропних засобів чи переконань з боку інших осіб.

Потерпілий для наявності складу злочину, передбаченого § 1 арт. 150 КК Республіки Польща повинен домагатися заподіяння йому смерті без будь яких умов. Не можна вважати такою вимогою, коли особа просить позбавити її життя за наявності певних умов (наприклад, потерпілий просить позбавити його життя якщо він втратить зір) [29]. Тому не можна вважати проханням в значенні § 1 арт. 150 КК Республіки Польща бажання потерпілого про позбавлення його життя, навіть викладене у письмовій формі, якщо він не здатний виразити свою волю.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони вбивства на прохання (еутаназії) є спеціальний мотив – співчуття винного до потерпілого. Крім того, метою дій винної особи повинно бути припинення терпіння цієї особи. Для наявності складу злочину, передбаченого § 1 арт. 150 КК Республіки Польща необхідно, щоб між співчуттям та діяннями особи був причинний зв'язок.

Об'єктом співчуття повинна бути особа, яку винний позбавляє життя. Відсутній склад злочину, передбачений § 1 арт. 150 КК Республіки Польща, коли об'єктом співчуття є близькі чи рідні потерпілого.

Однак, кримінально-правова норма про еутаназію в законодавстві Республіки Польща не є досконалою, на що звертається увага багатьох вчених. Так, М.І. Хавронюк зазначає, що ця норма не виключає можливості відповідного кримінально-правового привілею для особи, яка навіть і на прохання потерпілого вбиває малолітню або душевно хвору особу, або особу, яка завідомо для винного перебуває під впливом обману, примусу тощо. На недосконалість існуючою

норми в польському кримінальному праві про відповідальність за еутанавтичне вбивства звертають увагу також Е. Гвяздовська та Г. Рейман.

Наявність привілейованого складу злочину – вбивство на вимогу (еутаназія) в кримінальному праві Республіки Польща є об'єктивно зумовленим. Можна, звичайно, сперечатися на рахунок ефективності існування кримінально-правової норми саме в такому вигляді й в кримінальному праві України, але ні в кого не виникне сумнівів щодо доцільності пом'якшення відповідальності за вбивство при таких обставинах так само як і ні в кого не виникає сумніві щодо доцільності пом'якшення кримінальної відповідальності за вбивство при перевищення меж необхідної оборони, заходів необхідних для затримання злочинця чи матір'ю своєї новонародженої дитини.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що сучасне кримінальне законодавство України, на відміну від польського, не передбачає еутаназії як складу умисного вбивства при пом'якшуючих обставинах. Однак, як видається, назріла необхідність розглянути на науковому рівні доцільність встановлення в Україні кримінальної відповідальності за умисне вбивство зі співчуття (еутаназію).

Література

1. Грищук В.К. Юридичний аналіз основного складу умисного вбивства за Кримінальним кодексом України // Науковий вісник Чернівецького університету. – Випуск 161. – Правознавство. – 2002. – С. 89-95.
2. Приложение к собранию узаконений и распоряжений Правительства за 1903 г. – №38. – Ст. 1, 416 с.
3. Грищук В.К. Кримінально-правова кваліфікація еутаназії // Вісник Львівського інституту внутрішніх справ при НАВС України. Додаток (матеріали науково-практичної конференції "Кримінальний кодекс України 2001 року: Проблеми, перспективи і шляхи вдосконалення кримінального законодавства" 4-5 квітня 2003 р.). – 2003. – № 2.- С. 28-33.
4. Fenigsen R.: Eutanazja. Śmierć z wyboru?, Poznań 1994.

Анотація

Маковецька Н.Є. **Вбивство на прохання (еутаназія) за кримінальним правом Республіки Польща.** – Стаття.

Якщо право людини на життя визнане на міжнародно-правовому рівні, то право людини на смерть, необхідність якого у вигляді еутаназії обстоюють ряд вчених і практиків, не знаходить підтримки як на міжнародно-правовому рівні, так і нарівні абсолютної більшості цивілізованих держав. Питання про право людини на смерть продовжує залишатися контраверсійним серед юристів, медиків та інших фахівців, однак більшість юристів виступають проти активної еутаназії, вважаючи її злочинною.

Ключові слова: еутаназія.

Summary

Makovecka N.E. **Murder on request (eutanaziya) under the criminal rlaw of Republic Poland.** – Article.

If the human rights on a life are recognized on international legal level so the human rights to death as an euthanasia do not find support on international legal level and on the same level of the majority civilized states. But this right is supported by international scientists and experts. The question about human rights to death continues to remain disputable among lawyers, physicians and other experts, however the majority of lawyers oppose active euthanasia including its criminality.

Key words: euthanasy.

УДК 343.6:616-089.843

И.А. Фаргиев

ПРИНУЖДЕНИЕ К ИЗЪЯТИЮ ОРГАНОВ ИЛИ ТКАНЕЙ ЧЕЛОВЕКА ДЛЯ ТРАНСПЛАНТАЦИИ (ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ)

Включение в Уголовный кодекс РФ 1996 года ст. 120, предусматривающей ответственность за это принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации, обусловлено развитием медицины и возникающими в связи с этим посягательствами на личность с целью получения путем принуждения необходимых материалов для проведения медицинской операции на теле человека. Анализируемая статья состоит из двух частей: в ч. 1 речь идет о принуждении к изъятию органов или тканей человека для трансплантации с применением насилия либо с угрозой его применения, в ч. 2 – формулируются отягчающие обстоятельства его совершения с использованием беспомощности или зависимости потерпевшего от виновного.

По данным статистики в период с 1997 по 1999 гг. было зарегистрировано 4 преступления данного вида, а с 2000 по 2004 гг. таких преступлений зарегистрировано не было, по одному преступлению было зафиксировано в 2005 и 2006 гг. приведенная статистика говорит не об отсутствии преступности в рассматриваемой сфере, а о высокой ее латентности [18, с. 3].

Изъятие органов и тканей человека регулируется Законом РФ от 22 декабря 1992 г. №4180 (в ред. 29. 11. 2007 г.) “О трансплантации органа и (или) тканей человека”[1, Ст. 62]. Донорство крови регулируется Законом РФ от 9 июня 1993 г. №5142-1 (в ред. 23.07. 2008 г.) “О донорстве крови и ее компонентов” [1, Ст. 1064].

Упомянутый Закон “О трансплантации органа и (или) тканей человека” предусматривает трансплантацию органов или тканей человека от живого донора или от трупа только в том случае, если медицинские средства не могут гарантировать сохранение жизни больного (реципиента) либо восстановление его здоровья. При этом изъятие органов или тканей допускается по решению консилиума врачей-специалистов и только с согласия живого донора, с соблюдением важнейшего принципа – уважения и соблюдения прав пациента [6, с. 117].

Непосредственным объектом состава рассматриваемого преступления в правовой литературе называют: “здоровье потерпевшего” [6, с. 163]; “общественные отношения, обеспечивающие безопасность жизни и здоровья человека” [6, с. 51]; “общественные отношения, обеспечивающие свободу волеизъявления человека по распоряжению своим телом и его частями” [1], “общественные отношения, обеспечивающие безопасность личности, охраняющие жизнь и здоровье человека, гарантирующие неприкосновенность физиологических параметров человека” [18, с. 12]. Последняя точка зрения в теории уголовного права является общепризнанной и наиболее правильной. Данное преступление ставит в опасность жизнь и здоровье человека, а норма, закрепленная в ст. 120 УК РФ охраняет право свободного волеизъявления потенциального донора от

© И.А. Фаргиев, 2010

различного рода физического и психического принуждения, направленного на передачу органов для трансплантации.

Потерпевшим от преступления может быть любое физическое лицо, избранное виновным в качестве потенциального донора. Порой им может выступать и иное лицо (родственник, опекун и т.д.), если, например, стоит вопрос об изъятии органа или ткани у смертельно травмированного в результате аварии человека. В соответствии со ст. 3 Закона "О трансплантации органа и (или) тканей человека" изъятие органов и (или) тканей не допускается у живого донора, не достигшего 18 лет (за исключением пересадки костного мозга), а также у лиц, признанных недееспособными, и у больного, пересадка органов и (или) тканей от которого представляет опасность для реципиента.

В качестве предмета преступления выступают органы и ткани человека с целью добычи, которых и совершается данное преступление.

Объективная сторона рассматриваемого преступления состоит в принуждении живого человека к согласию на изъятие у него органов и тканей для трансплантации, путем применения физического насилия или либо угрозой его применения. Принуждение означает приневолевание, склонение к какому-либо нежелательному для человека поступку. В Толковом словаре русского языка термины "принуждение" и "понуждение" [10] рассматриваются как синонимы, однако в теории уголовного права имеются исследования, разграничивающие указанные понятия [6, с. 52].

Уголовный кодекс Российской Федерации содержание понятия "принуждение" не раскрывает. Не дано разъяснения по нему для судебной практики и Верховным Судом России, поэтому это понятие дается в уголовно-правовой науке.

Так, высказано суждение о том, что: "принуждение – это неправомерное воздействие на личность с целью добиться от нее согласия на донорство под угрозой неблагоприятных последствий в случае отказа от него" [12, с. 66]. Кроме того, существует мнение, что под принуждением следует понимать такое воздействие на лицо, которое подавляет его волю [9, с. 193]. Отдельные исследователи утверждают, что понятием принуждения "охватываются общественные отношения, возникающие в результате физического и психического воздействия одного человека на другого, посягающие на право личной неприкосновенности последнего с целью заставить его поступить нужным для виновного образом" [14, с. 99].

А.В. Смирнов [3] полагает, что наиболее удачное определение анализируемого понятия дает Д.В. Попов, по мнению которого "Принуждение – это умышленное, общественно опасное, противоправное воздействие на лицо, осуществляемое путем физического или (и) психического насилия, а также путем иных незаконных действий (бездействия) с целью заставить данное лицо совершить какие-либо действия или воздержаться от их совершения" [11, с. 48].

Из различных суждений, существующих в правовой литературе, можно сделать вывод, что применительно к статье 120 УК РФ принуждение предполагает активные действия с целью дачи лицом согласия к изъятию органов и (или)

тканей. При этом приниволивание человека к “донорству” сопряжено применением физического насилия либо угрозы его применения. Физическое насилие может выражаться в нанесении побоев, причинении легкого вреда здоровью либо вреда средней тяжести и т.п.

Под угрозой применения насилия понимается психическое насилие, оказываемое на потерпевшего с целью добиться от него согласия на передачу донорского органа или ткани. По своему содержанию угроза может носить различный характер, например убийством, причинением вреда здоровью различной тяжести, нанесением побоев и др. Однако во всех случаях она должна быть реальной и способной оказать устрашающее воздействие на потерпевшего, хотя и не требуется, чтобы виновный имел намерение осуществить ее в действительности.

С.В. Бородин считает, что, что “одной из форм принуждения к изъятию органа или тканей является обман – под предлогом необходимости проведения медицинской операции” [4, с. 196]. Л.Л. Кругликов не без оснований полагает это суждение ошибочным, утверждая, что статья 120 УК РФ ограничивает уголовно наказуемое принуждение двумя способами: насилием либо угрозой его применения. Обман к указанным двум способам совершения анализируемого преступления не относится [8]. Действительно в суждениях специалистов, предлагающих признать обман способом принуждения к преступлению, предусмотренному ст. 120 УК РФ наблюдается недопустимое расширительное толкование закона. Очевидно, при совершении трансплантации органов или тканей человека под влиянием обмана содеянное следует квалифицировать как соответствующее преступление против жизни или здоровья.

В юридической литературе выдвигаются предложения о необходимости внесения изменений в ст. 120 УК РФ и признании обмана в качестве способа состава данного преступления [18, с. 14]. До реализации законодателем указанного предложения оснований для квалификации содеянного с помощью обмана по 120 УК РФ не имеется.

Анализ Закона Российской Федерации “О трансплантации органов и (или) тканей человека” позволяет сделать вывод о том, что медицинская деятельность по пересадке органов или тканей человека является гуманной и справедливой. Изъятие органов или тканей разрешается исключительно в государственных учреждениях здравоохранения (ст. 4) Круг учреждений, где может осуществляться трансплантация ограничен. Перечень учреждений здравоохранения, которым разрешено осуществлять трансплантацию органов, утверждено приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации и Российской академии медицинских наук от 25 мая 2007 г. № 357/40 (в ред. от 2.11.2009 г.).

В Законе приводится перечень органов или тканей, могущих быть трансплантированными (ст. 2): сердце, легкое, почка, печень, костный мозг. Вместе с тем законодатель упоминает и о других органах. Перечень органов человека, которые могут быть трансплантированы перечислены в упомянутом выше с приказе Минздравсоцразвития РФ и РАМН. Закон не распространяется на органы,

их части и ткани, имеющие отношение к процессу воспроизводства человека, включающие в себя репродуктивные ткани (яйцеклетку, сперму, яичники, яички и эмбрионы) а также на кровь и ее компоненты. Из этого отдельные исследователи делают вывод о том, что "в случае изъятия у живого донора органов и тканей, имеющих отношение к процессу воспроизводства человека, в целях их трансплантации, виновный несет уголовную ответственность на общих основаниях в зависимости от характера наступивших последствий" [5, с. 104].

Представляется, что это суждение не основано на законе. Уголовный кодекс РФ не конкретизирует, к изъятию каких органов или тканей принуждается потерпевший. Кроме того, донорство регулируется не только Законом РФ "О трансплантации органов и (или) тканей человека", но и другими нормативными актами, в частности, Законом РФ "О донорстве крови и ее компонентов" от 1 июня 1993 г. [2, Ст. 1064].

Преступление следует признавать оконченным независимо от того, удалось ли виновному принудить человека к пожертвованию своими органами или тканями для трансплантации. Если в процессе принуждения к "донорству" причиняется тяжкий вред здоровью, то содеянное следует квалифицировать по совокупности преступлений.

Субъект преступления физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет. Это может быть любое лицо, например нуждающееся в трансплантации, его родственник, медицинский работник.

С субъективной стороны преступление совершается с прямым умыслом. Сознанием виновного охватывается тот факт, что, принуждая потерпевшего к изъятию органов или тканей, он действует с целью – принудить потерпевшего к изъятию части его организма. Мотивами могут быть корыстные или карьеристские побуждения, а также желание оказать помощь близкому человеку за счет здоровья или даже жизни потерпевшего.

В части 2 ст. 120 УК РФ предусмотрена уголовная ответственность за квалифицированные виды принуждения человека к "самопожертвованию" органов или тканей. К их числу относятся: 1) нахождение лица заведомо для виновного в беспомощном состоянии и 2) нахождение лица в материальной или ной зависимости от виновного.

Действующее уголовное законодательство России не дает правового понятия беспомощного состояния потерпевшего и не устанавливает юридических и психологических критериев его оценки. Отсутствие нормативного определения понятия и критериев оценки беспомощного состояния потерпевшего ведет к неоднозначному или необоснованному расширительному толкованию в правоприменительной практике данной правовой категории либо сужению сферы ее применения только по ограниченному кругу составов преступлений.

Нет единообразия в понимании сущности и содержания беспомощного состояния потерпевшего и в уголовно-правовой науке [17; 15; 16].

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. №1 "О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ) раскрыто содержание понятия "беспомощное состояние". Согласно пункту 6 данного Постановления

“по п. “в” ч. 2 ст. 105 УК РФ (убийство заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии) надлежит квалифицировать умышленное причинение смерти потерпевшему, неспособному в силу физических ли психического состояния защитить себя, оказать активное сопротивление виновному, когда последний, совершая убийство, сознает это обстоятельство. К лицам, находящимся в беспомощном состоянии могут быть отнесены, в частности, тяжелобольные и престарелые, малолетние дети, лица, страдающие психическим расстройствами, лишающими их способности правильно воспринимать происходящее” [3, С. 156].

Указанное определение беспомощного состояния в правовой литературе признается универсальным и могущим применяться для определения такого состояния по делам о любом преступлении, посягающем на физическое лицо.

В судебной практике получает неоднозначную оценку вопрос признания в беспомощном состоянии потерпевших, в отношении которых преступление совершено в состоянии сна или тяжелого опьянения. В одних случаях такие лица признаются в беспомощном состоянии, другом нет. По делам об убийстве Верховный Суд РФ, несмотря на оживленные возражения ученых-юристов, в последние годы последовательно придерживается позиции, что не одна из указанных категорий лиц не может признаваться, находившимся в беспомощном состоянии.

Анализ сущности и содержания беспомощного состояния потерпевшего, причин его образующих позволяет сделать вывод, что оно включает в себя два критерия – медицинский и юридический [17, с. 11]. Медицинский критерий беспомощного состояния потерпевшего образует различные психофизические свойства и состояния лица. Юридическим критерием беспомощного состояния потерпевшего в уголовно-правовом плане выступает его неспособность правильно понимать характер и значение совершаемых в отношении его действий или неспособность оказывать сопротивление виновному.

Другим квалифицированным видом принуждения к изъятию органа или ткани человека является материальная или иная зависимость потерпевшего от виновного. Материальная зависимость имеет место в том случае, когда потерпевший находится полностью или частично на иждивении у виновного, в материальном долгу. Под иной зависимостью следует понимать, например, служебную зависимость, зависимость, порожденную брачными отношениями. Не исключается зависимость от медицинского персонала.

Література

1. Ведомости Верховного Совета РФ. – 1993. – №2. – Ст. 62.
2. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1993. – №28. – Ст. 1064.
3. Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам. – М., 2008. – С. 156.
4. Бородин С.В. Преступления, ставящие в опасность жизнь или здоровье // Курс Российского уголовного права. Особенная часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М., 2002.
5. Игнатиади А.С., Сидоренко Э.Л. Охрана репродуктивного здоровья в российском уголовном законодательстве: направления и перспективы развития. – Ставрополь, 2005. .
6. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. д.ю.н., проф. В.Д. Иванова. – Ростов-на-Дону, 2002.

7. Кривошеин П., Горбунова Н. Принципы правового регулирования изъятия внутренних органов и тканей человека для трансплантации // Уголовное право. – 2006. – №6.
8. Кругликов Л.Л. Преступления против личности // Уголовное право России. Часть особенная: Учебник для Вузов / Под ред. Л.Л. Кругликова. – М., 2004.
9. Курс уголовного права. Особенная часть: учебник для вузов / Под ред. проф. Г. И. Борзенкова и проф. В.С. Комиссарова. – М., 2002. – Т. 5.
10. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М. 1993.
11. Попов Д.В. К вопросу о соотношении уголовно-правовых понятий: принуждение и насилие // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России: межвуз. сб. науч. тр. – Уфа, 2003.
12. Российское уголовное право. Особенная часть: учебник / Под ред. М.П. Журавлева, С.И. Никулина. – М., 1998.
13. Смирнов А.В. Уголовно-правовая характеристика принуждения к изъятию органов и тканей человека (ст. 120 УК РФ) // Сибирский юридический вестник. – 2005. – №3.
14. Тихонова С.С. Прижизненное и посмертное донорство в Российской Федерации: вопросы уголовно-правового регулирования. – СПб., 2002.
15. Топильская Е.В. Беспомощное состояние потерпевшего от преступления: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1992;
16. Фаргиев И.А. Беспомощное состояние как квалифицирующий признак состава убийства (отдельные проблемы судебной практики) // Юридический вестник Ростовского государственного экономического университета (РИНХ). – 2001. – №4.
17. Щерба С.П., Зайцев О.А., Сарсенбаев Т.Е. Охрана прав беспомощных потерпевших по уголовным делам. – М., 2001;
18. Якименко А.С. Уголовная ответственность за преступления, связанные с незаконным изъятием органов и (или) тканей человека: Автреф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. – 2007. – 22 с.

Анотація

Фаргієв І.А. **Примус до вийома органів чи тканин людини для трансплантації (питання теорії та практики).** – Стаття.

У статті аналізується норма Кримінального Кодексу Росії, що передбачає відповідальність за примушення до вилучення органів або тканин людини для трансплантації. Актуальність обумовлена розвитком медицини і сплеском посягань на особистість з метою одержання шляхом примусу необхідних матеріалів для проведення медичної операції на тілі людини.

Ключові слова: трансплантація, кримінальна відповідальність.

Summary

Fargiev I.A. **Forcing to the withdrawal of organs or human fabrics for transplantation (questions of theory and practice).** – Article.

In this article is analyzed the norm of the Criminal code of Russia which concerns with responsibility for compulsions to withdrawal of bodies or tissues of the person for transplantation. The actuality is caused by development of medicine and splash of encroachments to the person. The compulsion's purpose of this en is a reception of necessary materials for carrying out a medical operation to the person.

Key words: transplantation, criminal responsibility.

УДК 343.2/7(477):341.231.14:347.15/17

В.М. Підгородинський

ЗНАЧЕННЯ ДЕЯКИХ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ З ПИТАНЬ ЗАХИСТУ ЧЕСТІ Й ГІДНОСТІ ОСОБИ ДЛЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Європейський суд з прав людини (далі – Суд) в своїй практиці шляхом тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод від 04.11.1950 р. (далі – Конвенція) [1] роз'яснює стандарти щодо захисту права на повагу до честі і гідності. Кримінальне право України повинно відповідати таким стандартам. У цьому зв'язку необхідно визначити, якою мірою дотримується така відповідність. Зазначені стандарти також мають братися до уваги при тлумаченні кримінального права.

Відповідно до ст. 3 Конвенції нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню. Зрозуміло, що катування і нелюдське поводження і покарання є поводженням, яке принижує гідність людини. Але, як засвідчує вказане положення, ст. 3 Конвенції забороняє також будь-яке інше поводження і покарання, яке принижує гідність людини, виділяючи його в окреме поняття.

Відповідно до рішення Суду у справі "Ірландія проти Сполученого Королівства", 1978 р., для визнання поводження таким, що принижує гідність людини, недостатньо, щоб воно було просто неприємним або незручним [2]. В рішенні у справі "Кудла проти Польщі", 2000 р., Суд відніс до поводження, яке принижує гідність людини, поводження, яке викликало у потерпілих відчуття страху, страждання і неповноцінності, що змушувало їх відчувати себе приниженими [3]. Відповідно до рішень Суду у справах "Ранінен проти Фінляндії", 1997 р., "В. проти Сполученого Королівства", 1999 р., "Калашников проти Росії", 2002 р., мета приниження гідності людини не є ознакою поводження, яке принижує гідність людини, але за наявності такої мети вона, звісно, має братися до уваги при вирішення справи [4, 5, 6]. Згідно із рішенням Суду у справі "Х. проти Федеративної Республіки Німеччина", 1981 р., проведення примусової психіатричної експертизи обвинувачуваного не є поводженням, яке принижує гідність людини [7]. Згідно із рішенням Суду у справі "Макфілі проти Сполученого Королівства", 1981 р., обов'язок носити тюремний одяг, зокрема публічно при перевезеннях, також не є поводженням, яке принижує гідність людини [8]. Як можна побачити, в рішеннях у справах "Х. проти Федеративної Республіки Німеччина", 1981 р. і "Макфілі проти Сполученого Королівства" йдеться про поводження, яке хоча і принижує гідність людини, але є мінімально неминучим для досягнення законних цілей.

Відповідно до рішення Суду у справі "Тайрер проти Сполученого Королівства", 1978 р., покарання є таким, що принижує людську гідність, якщо приниження при ньому є більшим за приниження звичайного рівня, тобто рівня, властивого будь-якому призначеному судом покаранню. В зазначеній справі Суд визнав

© В.М. Підгородинський, 2010

покаранням, яке принижує гідність людини, три удари різками, завдані як призначене судом покарання п'ятнадцятирічному хлопчику в поліцейській дільниці за присутності батька хлопчика та лікаря [9]. При цьому Суд виходив з характеру вказаного покарання як такого (до людини ставилися як до об'єкту, а не як до особистості), і з того, що потерпілого було принижено в його власних очах.

Звернемось до ряду рішень Суду, які стосуються образи та деяких споріднених питань.

В рішенні у справі "Лопеш Гомес да Сілва проти Португалії", 2000 р., Суд визнав порушення Португалією ст. 10 Конвенції. Керівника газети "Публіко" Лопеша Гомеса да Сілва було засуджено в Португалії до кримінального штрафу і стягнуто відшкодування моральної шкоди у зв'язку із тим, що пан да Сілва назвав кандидата на місцевих виборах Сілва Резенде "гротескним і клоунським кандидатом", "неймовірною сумішшю реакційної неотесаності, фашистського фанатизму і вульгарного антисемітизму". В цій справі Суд наголосив на широких рамках критики політиків у зв'язку з їх публічною діяльністю, на праві журналістів на певні перебільшення і провокацію у цьому зв'язку. Суд вказав, що за такі висловлювання взагалі будь-яке засудження є порушенням ст. 10 Конвенції, яка передбачає право на свободу висловлювань [10].

Відповідно до Рішення Суду у справі "Швабе проти Австрії", 1992 р., засудження пана Швабе за обвинувачення політичного діяча в злочині, за яким вже було винесено вирок суду, є порушенням ст. 10 Конвенції [11].

У Рішенні у справі "Шюрек та Йоздемір проти Туреччини", 1999 р., Суд зазначив, що засудження журналіста до невеликого штрафу за публікацію листів читачів, в яких слова "фашистська турецька армія", "банда турецьких вбивць", "наймані імперіалістичні вбивці" було використано для розпалювання ненависті та закликів до насильства (кривавої помсти), не є порушенням ст. 10 Конвенції [12].

Відповідно до Рішення Суду у справі "Толстой-Милославський проти Сполученого Королівства", 1995 р., накладення судом зобов'язання відшкодувати моральну шкоду в розмірі 1,5 мільйони фунтів за обвинувачення старости приватної школи у вчиненні в минулому військових злочинів (такий розмір відшкодування допускався законодавством Сполученого Королівства) є порушенням ст. 10 Конвенції, оскільки такий розмір відшкодування не може вважатися необхідним для захисту репутації [13].

Відповідно до рішення Суду у справі "Ловес проти Сполученого Королівства", 1988 р., цензура тюремною адміністрацією явно антисемітських видань може бути виправданою в цілях захисту законних інтересів інших осіб, запобігання безладам і злочинам [14]. З цього випливає, що зміст ст. 161 Кримінального кодексу України (далі – КК України) [15] узгоджується із викладеними стандартами.

Відповідно до Рішення Суду у справі "Григоріадес проти Греції", 1997 р., засудження новобранця за образливі висловлювання на адресу армії в листі до його старших офіцерів є порушенням ст. ст. 10 Конвенції. Суд зазначив,

що влада держави не має права з мотивів запобігання порушенням військової дисципліни приймати норми права, які обмежують свободу висловлювань, навіть коли висловлювання спрямовані проти армії як інституту. Щодо міцних виразів в цій справі Суд зазначив, що вони були висловлені в контексті загальної тривалої критики армійського життя та армії як інституту. Суд також вказав, що відповідного листа не було спрямовано проти адресата листа та інших осіб [16].

Але інша справа, коли мова йде про образи в контексті закликів до підриву військової дисципліни. Так, у Рішенні у справі "Енгель та інші проти Нідерландів", 1976 р., Суд зазначив, що заборона публікації та розповсюдження листівок з критикою вищих офіцерських чинів не є порушенням ст. 10 Конвенції, якщо така критика міститься в контексті закликів до порушення військової дисципліни. При цьому Суд послався на концепцію "громадського порядку", а саме дисципліни в армії, і незаконність зловживання свободою висловлювань [17]. З цього випливає, що зміст КК України щодо криміналізації образ в ролі підбурювання (закликів) до військової непокори, невиконання наказу, опору начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків (ч. 4 ст. 27 і ст.ст. 402. 403, 404 КК України відповідно) узгоджується із викладеними стандартами.

В рішенні у справі "Таммер проти Естонії", 2001 р., Суд не визнав порушенням ст. 10 Конвенції засудження журналіста за КК Естонії за образу у зв'язку з публікацію інтерв'ю, в якому про пані Лаанару (другу жінку колишнього прем'єр-міністра Естонії пана Савісаара) було сказано, що "особа, яка зруйнувала чужий шлюб, негідна та легковажна матір, яка забуває про свою дитину, – не найкращий приклад для молодих дівчат". При цьому Суд виходив з того, що зазначена публікація не була виправданою з огляду на суспільний інтерес. Використані журналістом слова за змістом і стилістичним забарвленням є властивими естонській мові і в такому сенсі не мають еквівалентів в англійській мові (на якій розглядалася справа в Суді). Тому Суд прийняв до уваги висновок національного суду про те, що самі по собі відповідні естонські слова не є лайливими, образливими, але у випадку, який розглядається, вони були образливими з урахуванням контексту і ситуації. Відповідні аспекти приватного життя пані Лаанару вже були відомими громадськості, тому висловлювання не мали за мету висвітлення таких обставин, а, отже, були спрямовані на приниження людини в очах суспільства [18].

Відповідно до Рішення Суду у справі "Мюллер та інші проти Швейцарії" (яка стосувалася честі та гідності людини як такої), 1988 р., засудження художника та інших осіб до штрафу за показ непристойних картин не є порушенням ст. 10 Конвенції, оскільки є необхідним в демократичному суспільстві для захисту моральності, а конфіскація зазначених картин не була недомірним заходом, оскільки художник мав право подати скаргу щодо скасування або заміни конфіскації, якщо картини більше не становитимуть небезпеки або для захисту моральності будуть достатніми більш м'які заходи [19].

Розглянемо ряд рішень Суду у справах, які стосуються наклепу та деяких споріднених питань.

Газета "Бергенс Тіденде" розмістила публікації про невдалі пластичні операції в клініці доктора Р. із фотоматеріалами. Норвезький суд засудив головного редактора газети і журналістів-авторів публікацій до штрафу приблизно у 900000 доларів США з тих мотивів, що чимало тверджень журналістів не можна довести. Але Суд рішенні у справі "Бергенс Тіденде" проти Норвегії", 2000 р., дійшов висновку про порушення Австрією ст. 10 Конвенції з тих мотивів, що розглядуване питання становить суспільний інтерес в контексті охорони здоров'я людини, а журналісти відповідно до Конвенції мають право на власний розсуд обирати методи викладення подій [20].

У Рішенні у справі "Тома проти Люксембургу", 2001 р., Суд дійшов висновку про порушення Люксембургом ст. 10 Конвенції. Обставини справи є такими/ Журналіст Марк Тома по радіо процитував інтерв'ю із оприлюдненої іншою особою статті, в якому власники покритих лісами територій розмірковували на тему шахрайства у лісовідновлювальному секторі Люксембургу, при цьому відповідних чиновників Комісії з лісів можна було ідентифікувати за непрямими ознаками. Пана Тома в Люксембурзі було засуджено за дифамацію. Але Суд не погодився із цим, пославшись на суспільний інтерес (відповідне питання широко обговорювалось у ЗМІ Люксембургу) і на право журналістів на розповсюдження тверджень іншої особи з таких питань із вже оприлюдненої статті. Суд зазначив, що журналіст не зобов'язаний дистанціюватися від розповсюджуваних висловлювань інших осіб. Було достатнім, що він зазначив, що надає цитату із "сильними висловлюваннями" [21].

В рішенні у справі "Дю Руа та Малорі проти Франції", 2000 р., Суд зазначив, що засудження керівника газети і журналіста за повідомлення даних про кримінальну судову справу, ініційовану юридичною особою проти одного із її колишніх керівників, є порушенням ст. 10 Конвенції [22]. Зазначені стандарти мають братися до уваги при тлумаченні ст. 387 КК України, яка передбачає розголошення даних досудового слідства або дізнання.

У Рішенні у справі "Педерсен и Бадсгард проти Данії", 2003 р., Суд зазначив, що засудження журналістів за створення у чималої кількості телеглядачів враження, що поліцейський вчинив злочин (брав участь в приховуванні звіту по справі про вбивство), яке не ґрунтувалося на достовірній і точній інформації, не є порушенням ст. 10 Конвенції [23].

У Рішенні у справі "Маквікар проти Сполученого Королівства", 2002 р., Суд зазначив, що заборона журналісту повторювати звинувачення відомого легкоатлета Лінфорда Крісті у вживанні допінгу без заслуговуючи на довіру доводів не є порушенням ст. 10 Конвенції [24].

В рішенні у справі "Озгур Гундем проти Туреччини", 2000 р., Суд дійшов висновку, що саме по собі оприлюднення поглядів курдів на фоні влаштованої ними хвилі терактів, викрадень, вбивств не підлягає розумінню як таке, що може призвести до расової чи національної ворожнечі. Влада Туреччини повинна визнавати інші погляди та відповідну критику своєї діяльності, навіть провокаційну, а громадськість має право бути обізнаною із різними поглядами на складнощі в південно-східній частині Туреччини [25].

В рішенні Суду у справі "Х. проти Федеративної Республіки Німеччина", 1982 р., йдеться про те, що памфлети, де вбивства мільйонів євреїв з політичних мотивів за часів Третього Рейху названі сіоністською містифікацією, є наклепом на єврейську спільноту і кожного її члена. Викладене треба брати до уваги при тлумаченні ст. 161 КК України [26].

У Рішенні у справі "Кастелс проти Іспанії", 1992 р., Суд вказав, що засудження журналіста за образу уряду шляхом оприлюднення статті, де пан Кастелс звинуватив уряд в підтримці нападів, потуранні нападам озброєних груп на басків, є порушенням ст. 10 Конвенції з огляду на права журналістів [27].

Відповідно до Рішення Суду у справі "Ферайнігунг демократішер золдатен остеррайхс та Губі проти Австрії", 1994 р., заборона міністерством оборони розповсюджувати журнал "Ігель" серед солдат в казармах у зв'язку із критикою військового керівництва (скаргами на умови служби) і закликами порушувати кримінальні справи проти високих начальників є порушенням ст. 10 Конвенції, оскільки відповідні матеріали були дискусійним форумом, до якого у збройних силах демократичної держави слід ставитися толерантно [28].

У Рішенні у справі "Кроне Верлаг ГмбХ & Ко. КГ проти Австрії", 2002 р., Суд зазначив, що заборона журналісту публікувати фотографії політика у зв'язку із статтями про нібито отримання ним незаконної зарплатні і схожими статтями є порушенням ст. 10 Конвенції. При цьому Суд послався на відсутність вагомих причин для такої заборони, на суспільний інтерес, а також на те, що відповідні фотографії на час такої публікації вже містилися на веб-сайті парламенту і не розкривали деталей приватного життя політика [29].

У Рішенні у справі "Унфбхангіге Ініціатів Інформаціонсвілфалт проти Австрії", 2002 р., Суд зазначив, що заборона журналісту критикувати програмні положень Австрійської партії свободи щодо імміграції та іноземців як расистські є порушенням ст. 10 Конвенції, пославшись на політичну дискусію, суспільну значимість питання і те, що відповідні судження журналіста були оціночними [30].

У Рішенні у справі "Гаведа проти Польші" (яка стосувалася іміджу держави), 2002 р., Суд зазначив, що заборона реєструвати журнал із назвою "Німеччина – тисячолітній ворог Польщі" з тих мотивів, що така назва суперечить дійсності (надає незбалансовану картину фактів, акцентуючи увагу на негативних аспектах відносин держав), не передбачена законодавством Польщі і тому є порушенням ст. 10 Конвенції [31].

В рішенні справі "Андреас Вабл проти Австрії", 2000 р., Суд погодився із рішенням австрійського суду, відповідно до якого член парламенту Австрії Андреас Вабл не мав права обвинувачувати газету "Кронен-Цайтунг" (Kronen-Zeitung) у "журналістському фашизмі" через цитування нею вимог поліцейського до пана Вабла щодо проходження паном Ваблом тесту на ВІЛ [32].

В Рішенні у справі "Роман та Шміт проти Люксембургу", 2003 р., Суд зазначив, що обшук журналіста для виявлення джерела його інформації про накладення штрафу на міністра (у зв'язку із звинуваченнями журналіста

у незаконному використанні відповідної конфіденційної інформації, отриманої незаконним шляхом в Управлінні з реєстрації земель і державної власності) не є порушенням ст. 10 Конвенції. Суд вказав, що слідство повинно було шукати інших засобів перевірки і підтвердив тим самим право журналістів на нерозголошення джерел журналістської інформації [33].

На підставі викладеного можна зробити висновки, що КК України не порушує зазначених міжнародних стандартів. Відповідна проведена криміналізація узгоджується із вказаними стандартами, а те відповідні діяння, які не повинно бути криміналізовано, злочинами в України не визнано.

Література

1. Конвенція про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 року // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13.
2. Case of Ireland v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
3. Case of Kudla v. Poland. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
4. Case of Raninen v. Finland. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
5. Case of V. v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
6. Case of Kalashnikov v. Russia. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
7. Case of X. v. Federal Republic of Germany, 1981. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
8. Case of McFeeley v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
9. Case of Tyrer v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
10. Case of Lopes Gomes da Silva v. Portugal. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
11. Case of Schwabe v. Austria. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
12. Case of Surek and Ozdemir v. Turkey. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
13. Case of Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
14. Case of Lowes v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
15. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 920.
16. Case of Grigoriades v. Greece. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
17. Case of Engel and others v. the Netherlands. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
18. Case of Tammer v. Estonia. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
19. Case of Müller and others v. Switherland. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
20. Case of Bergens Tidende and others v. Norway. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
21. Case of Thoma v. Luxembourg. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
22. Case of Du Roy and Malaurie v. France. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
23. Case of Pedersen and Baadsgaard v. Denmark. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
24. Case of McVicar v. the United Kingdom. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
25. Case of Ozgur Gundem v. Turkey. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.

26. Case of X. v. Federal Republic of Germany, 1982. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
27. Case of Castells v. Spain. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
28. Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria.
29. Case of Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
30. Case of Unabhangige Initiative Informationsvielfalt v. Austria. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
31. Case of Gaweda v. Poland. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
32. Case of Andreas Wabl v. Austria. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.
33. Case of Roeman and Schmit v. Luxembourg. – http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.

Анотація

Підгородинський В.М. **Значення деяких рішень Європейського Суду з прав людини з питань захисту честі і гідності особи для кримінального права України.** – Стаття.

Автором розглянуто ряд положень практики Європейського суду з прав людини з питань честі і гідності людини в контексті кримінального права України. Приділено увагу тлумаченню кримінального права з урахуванням відповідної практики Європейського суду з прав людини. Зроблено висновок, що Кримінальний кодекс України відповідає міжнародним стандартам щодо розглянутих питань.

Ключові слова: честь людини, гідність людини, практика Європейського суду з прав людини, свобода висловлювань, Кримінальний кодекс України.

Summary

Pidgorodinskiy V.M. **Value of some decisions of European Court of human rights in the questions of defence of honour and dignity of person according to the criminal law of Ukraine.** – Article.

The European Court of Human Rights by the interpretation of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms explains standards concerning protection of the right to respect for honor and dignity. The criminal right of Ukraine should answer to this standards. Thereupon it is necessary to define, in what measure such conformity is observed. The specified standards also should be taken into account in the interpretation of the criminal law.

Key words: right to respect for honor and dignity, ECHR deceisions.

УДК 343.37

Н.О. Гуторова

МЕХАНІЗМ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА СУСПІЛЬНІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Кримінальна відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності передбачена переважно розділом УП Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК). За допомогою норм цього розділу законодавець прагнув забезпечити охорону відносин у цій сфері від суспільно небезпечних посягань. Але, при формулюванні статей зазначеного розділу не завжди належним чином

© Н.О. Гуторова, 2010

враховувались особливості відносин у сфері господарської діяльності в частині їх правового регулювання. Переважна більшість норм розділу УП Особливої частини КК є банкетними, тобто кримінальна відповідальність має застосовуватися за суспільно небезпечні посягання на правовідносини, врегульовані нормами господарського, цивільного, фінансового та інших регулятивних галузей права. За таких умов механізм кримінально-правового впливу на ці суспільні відносини має розглядатися виключно в межах механізму їх правового регулювання в цілому.

С.С. Алексєєв, характеризуючи право як нормативну основу механізму правового регулювання суспільних відносин, вважав за необхідне враховувати, що таку роль виконують не окремі, ізольовано взяті юридичні норми, а норми права в єдності, тобто правові інститути, а нерідко й сукупності інститутів різних галузей права [1, с. 115]. Науковець виділяв такі основні стадії механізму правового регулювання: а) формування і дія юридичних норм; б) виникнення прав та обов'язків (правовідносин); в) реалізація прав та обов'язків. Додатковою, факультативною стадією механізму правового регулювання є стадія застосування права. Трьом стадіям механізму правового регулювання відповідають і три основні його елементи або частини: а) юридичні норми; б) правовідносини; в) акти реалізації суб'єктивних юридичних прав та обов'язків [1, с. 34]. Погоджуючись з цією точкою зору вважаємо за необхідне розглядати в її межах і механізм кримінально-правового впливу на суспільні відносини у сфері господарської діяльності.

На стадії формування і дії правових норм провадиться регламентування відносин у сфері господарської діяльності шляхом введення у правову систему норм, які загальним чином упорядковують, спрямовують поведінку учасників суспільних відносин, встановлюють для них той чи інший правовий режим. Норми права, які регламентують ці суспільні відносини (логічні правові норми), складаються із норм-приписів, що містяться в багатьох нормативних актах і належать до різних галузей права. Зазначені нормативні акти є в нормах конституційного, господарського, цивільного, фінансового, адміністративного і кримінального права. Структура логічної правової норми передбачає, що її елементи (гіпотеза, диспозиція та санкція) можуть передбачатися в нормах-приписах, які містяться в різних нормативних актах. Тому додержання у процесі законотворчої діяльності принципів системного підходу є необхідною умовою ефективності правових норм.

Аналіз чинного законодавства, що регламентує відносини у сфері господарської діяльності, показує неможливість у деяких випадках скомпонувати з нормативного матеріалу логічну норму. Це свідчить про неповноцінність правового регулювання, значно знижує його ефективність, а тому має бути усунуто. Так, наприклад, ст. 201 КК "Контрабанда" в якості одного з предметів цього злочину передбачає стратегічно важливі сировинні товари, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України. З моменту набуття чинності цією нормою в 2001 р. і до теперішнього часу законодавство України не лише на рівні законів, а навіть у підзаконних нормативних актах, не містить

переліку стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України. Тобто у логічній правовій нормі відсутні гіпотеза і диспозиція, а передбачена лише санкція – кримінально-правова заборона під страхом кримінального покарання вчиняти певні діяння з товарами, перелік яких відсутній. Природно, що така норма застосовуватися не може. І, нажаль, прикладів невідповідності між нормами позитивного законодавства і нормами охоронного, що в комплексі мали б утворювати логічну правову норму і на належному рівні регулювати відносини у сфері господарської діяльності, є досить багато.

Іншою проблемою, на нашу думку, є рівень нормативно-правових актів, за порушення яких встановлюється кримінальна відповідальність. Відповідно до п. 22 ст. 92 Конституції України діяння, які є злочинами, визначаються виключно законами. Тому відсилання у банкетних диспозиціях КК до підзаконних нормативних актів, у тому числі й відомчих, на нашу думку, є неприпустимим, бо, по-перше, суперечить Конституції України, а по-друге, тягне за собою нестабільність кримінального закону, його повну залежність від відомчих правил.

Яскравою ілюстрацією такої ситуації є банкетна диспозиція ст. 208 КК – "Незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків" При встановленні кримінальної відповідальності за відкриття за межами України валютних рахунків підприємств, установ та організацій без дозволу Національного банку України (далі – НБУ) диспозиція ст. 208 КК відсилає не до закону, а до підзаконних нормативних актів НБУ. На час набрання чинності КК у такій якості виступали Постанови Правління НБУ № 221 від 05.05.99 "Про затвердження Положення про порядок надання індивідуальних ліцензій на право відкриття юридичними особами-резидентами України рахунків в іноземних банках" та № 431 від 02.11.00 "Про затвердження Положення про порядок надання фізичним особам – резидентам України індивідуальних ліцензій на відкриття рахунків за межами України та розміщення на них валютних цінностей". У подальшому ці постанови були скасовані Постановою Правління НБУ № 485 від 14.10.04 "Про затвердження Положення про порядок видачі Національним банком України індивідуальних ліцензій на розміщення резидентами (юридичними та фізичними особами) валютних цінностей на рахунках за межами України". Зазначені підзаконні нормативно-правові акти суттєво відрізняються, встановлюючи на різних етапах (з урахуванням також і змін та доповнень, що мали місце протягом їх дії) різний рівень дозволу та заборон при здійсненні дій з валютними рахунками за межами України. Цілком зрозуміло, що Правління НБУ, на відміну від законодавця, при внесення змін до вказаного порядку не мало повноважень одночасно змінювати і кримінально-правову норму. Як наслідок, зараз ситуація в цій частині наближається до абсурду, оскільки дозвіл на відкриття валютного рахунку за межами України чинне законодавство не передбачає – згідно п. 1.15 Постанови про факт відкриття рахунку резидент у триденний строк зобов'язаний повідомити територіальне управління Національного банку за своїм місцезнаходженням/ місцем проживання – а ст. 208 КК

все ще встановлює відповідальність за незаконне, з порушенням встановленого законом порядку, відкриття валютних рахунків, що взагалі є неприпустимим. Наведений приклад переконливо свідчить, що таке становище є не лише антиконституційним, а й призводить до нестабільності кримінально-правових норм.

Ефективність кримінально-правового впливу на суспільні відносини визначається і тим, наскільки кримінально-правові санкції в логічній правовій нормі відповідають характеру і суспільній небезпечності діяння та здатні досягнути цілей кримінального покарання. В цьому аспекті серйозні заперечення викликає п. 22.5 закону "Про податок з доходів фізичних осіб" № 889 від 22 травня 2003 р. (набрав чинності 1 січня 2004 р.), в якому встановлено, що якщо норми інших законів містять посилання на неоподатковуваний мінімум, то для цілей їх застосування використовується сума у розмірі 17 гривень, крім норм адміністративного та кримінального законодавства у частині кваліфікації злочинів або правопорушень, для яких сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги. Якщо з 1 вересня 2001 р. (момент набрання чинності КК) до 31 грудня 2003 р. неоподатковуваний мінімум доходів громадян обчислювався у диспозиціях статей КК в розмірі 17 грн., то в подальші роки він починає різко збільшуватися й становив: 2004 р. – 61 грн., у 2005 – 131 грн., у 2009 – 302 грн. 50 коп., у 2010 р. – 372 грн. Щодо розмірів штрафів, як виду кримінального покарання, то вони весь цей час лишаються кратними 17 грн. Окреслена ситуація призвела до штучного перетворення в "мертві" значної кількості статей, що передбачають відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності, а також до катастрофічної невідповідності між злочинністю і караністю діянь. Наведемо лише один приклад: мінімальний розмір покарання за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), установлений в ч. 1 ст. 212 КК, майже в 73 рази менших від мінімального розміру платежів, за ухилення від сплати яких передбачена кримінальна відповідальність. Про ефективність таких санкцій, нажаль, говорити не приходиться.

На стадії виникнення прав та обов'язків (правовідносин) на підставі юридичних норм за наявності юридичних фактів у конкретних суб'єктів відносин у сфері господарської діяльності виникають права й обов'язки, тобто загальні приписи правових норм трансформуються в певну модель поведінки конкретних суб'єктів. Здійснюючи правове регулювання цих відносин необхідно виходити з того, вони створені в межах об'єктивних економічних відносини у процесі правового регулювання останніх під впливом активної ролі права. Як правовідносини, що мають матеріальний зміст, відносини у сфері господарської діяльності здатні реагувати на правовий вплив, оскільки опосередковуються волею людей. Однак можливості їх правового регулювання обмежені існуючою системою виробничих відносин, у зв'язку з чим воно не може бути ефективним, якщо воно суперечить об'єктивним економічним законам.

В механізмі правового регулювання правовідносини залежно від функції, яку вони виконують, поділяються на загальнорегулятивні, конкретно-регулятивні і охоронні.

На стадії виникнення прав та обов'язків (правовідносин) норми кримінального права діють лише при наявності юридичних фактів. У разі порушення правової норми, за яке передбачено кримінальну відповідальність, з моменту вчинення злочину виникають охоронні кримінально-правові відносини.

Вважаємо, що непереконливою є позиція тих науковців, які обстоюють існування самостійних регулятивних кримінально-правових відносин, окремих від тих, що, врегульовані іншими галузями права. На підставі цього проводиться обґрунтування і позитивної кримінальної відповідальності [2, с. 114, 115; 3, с. 301]. Не заперечуючи проти регулятивного впливу норми кримінального права на позитивні суспільні відносини, ми погоджуємося з тими вченими, які вважають кримінально-правову норму складовою частиною логічної правової норми, а саме санкцією в структурі останньої [4, с. 301]. Таким чином, вважаємо, що норми кримінального права являють собою норми-приписи, які мають регулюючий вплив на позитивні суспільні відносини не окремо, а як невід'ємна складова частина логічної правової норми.

Оскільки ми не вважаємо переконливим твердження щодо самостійного існування регулятивних кримінально-правових відносин, то це дає підстави для висновку, що дія кримінального права на стадії правовідносин обмежується лише охоронними кримінально-правовими відносинами. Останні опосередковують застосування кримінальної відповідальності до осіб, винних у вчиненні злочинів. Ці відносини існують між державою в особі її спеціальних органів і особою, яка вчинила злочин, із приводу притягнення до кримінальної відповідальності. Суб'єктивне право в таких відносинах полягає у правомочності компетентних органів держави застосувати до винної особи кримінальну відповідальність за вчинення злочину. Юридичний обов'язок полягає в тому, що винна особа повинна бути піддана державному осуду за вчинений нею злочин, а також зазнати позбавлень та обмежень, передбачених кримінальним законом. При притягненні до кримінальної відповідальності вона має право на суворе дотримання законності, а державі належить забезпечити додержання цього права.

На третій стадії механізму правового регулювання відносин у сфері господарської діяльності – стадії реалізації прав та обов'язків – норми кримінального права також діють лише за наявності перешкод до задоволення законних прав та інтересів суб'єктів правовідносин, тобто в межах застосування права за умови невиконання зобов'язаним суб'єктом дій, які від нього вимагаються регулятивними правовими нормами. Формою виразу дії норм кримінального права на цій стадії є обвинувальний вирок суду, в якому особа визнається винною у вчиненні злочину. Такий вирок є формою виразу державного осуду особи, яка вчинила злочин, і самого цього злочину. Залежно від обраної судом відповідно до закону форми реалізації кримінальної відповідальності особу може бути піддано також і позбавленням або обмеженням особистого, майнового або іншого характеру, що складають зміст призначеного судом покарання (найбільш типова форма), або їй може бути призначено покарання, однак від реального його виконання вона звільнюється, або взагалі суд може не призначати винній особі покарання.

Підсумовуючи викладене слід зазначити:

1. Ефективність кримінально-правового впливу на відносини у сфері господарської діяльності не можна досягнути без імплементації норм кримінального права в єдиний механізм правового регулювання цих відносин.

2. Сучасне становище у цій сфері свідчить про необхідність вжиття невідкладних заходів щодо вдосконалення розділу УП Особливої частини КК у частині приведення положень КК у відповідність до регулятивного законодавства та підвищення рівня кримінально-правової охорони відносин у сфері господарської діяльності.

Література

1. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., Юрид. лит., 1966.
2. Прохоров В.С. Преступление и ответственность. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1984
3. Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. – СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, 1999.
4. Смирнов В.Г. Функции советского уголовного права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1965

Анотація

Гуторова Н.О. **Механізм кримінально-правового впливу на суспільні відносини у сфері господарської діяльності.** – Стаття.

Переважна більшість норм розділу УП Особливої частини КК є банкетними. За таких умов механізм кримінально-правового впливу на ці суспільні відносини має розглядатися виключно в межах механізму їх правового регулювання в цілому. Ефективності кримінально-правового впливу на відносини у сфері господарської діяльності не можна досягнути без імплементації норм кримінального права в єдиний механізм правового регулювання цих відносин.

Ключові слова: кримінально-правовий вплив на господарські відносини.

Summary

Gutorova N.O. **A mechanism of criminal and legal influence on public relations in the sphere of economic activity.** – Article.

The overwhelming majority of norms of section VII in Special part of Criminal Code of Ukraine are banquet. Under such circumstances the mechanism of criminal-legal influence on this public relation should be considered exclusively within the mechanism of their legal regulation as a whole. Efficiency of criminal-legal influence to the relations in economic activities sphere cannot be reached without implementation of norms of the criminal law in the uniform mechanism of legal regulation of these relations.

Key words: criminal law impact on economy relations.

УДК 343.359.3

М.В. Талан

КОНТРАБАНДА ПО УГОЛОВНОМУ ПРАВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

К таможенным преступлениям относится контрабанда, ответственность, за которую регламентируется ст. 188 – Контрабанда.

Эта статья объединяет два состава преступления, ранее находящихся в разных статьях (ст.78 и ст. 1691 УК РСФСР). Способы совершения этих деяний одинаковы, однако существенно отличающиеся предметы контрабанды позволяют говорить о разных объектах посягательства преступлений, предусмотренных ч.ч.1 и 2 ст. 188 УК.

Часть 1 устанавливает ответственность за перемещение в крупном размере через таможенную границу предметов, не указанных в ч.2 ст. 188, совершенное:

1) помимо или с сокрытием от таможенного контроля;

2) с обманным использованием документов или средств таможенной идентификации;

3) сопряженное с недекларированием или с недостоверным декларированием.

Объектом этого преступления являются общественные отношения в сфере торговой политики и государственного регулирования внутреннего рынка при его взаимодействии с мировым рынком или рынками других стран. Ряд ученых однако полагают, что контрабанда посягает на финансовые интересы государства и является не таможенным, а финансовым преступлением.

В условиях монополии внешней торговли объект контрабанды определялся в ином ракурсех[18; 9; 4; 5; 8; 3, с. 80-87; 10, с. 77-81]. Вызывает возражение и определение объекта контрабанды как “деятельности таможенных органов” [19, с. 43]. Скорее следует согласиться с тем утверждением, что основным непосредственным объектом контрабанды является установленный порядок государственного регулирования внешнеэкономической деятельностью [7, с. 68]. Близко к этому и определение объекта контрабанды как отношений, связанных с соблюдением порядка и условий перемещения товаров и иных предметов через таможенную границу Российской Федерации [14, с. 13].

В.И. Михайлов и А.В. Федоров определяют непосредственный объект контробанды как охраняемые уголовным законом общественные отношения в сфере таможенного дела, обеспечивающие установленный порядок товарооборота через таможенную границу и внесение в бюджет таможенных пошлин и сборов” [12, с. 14].

Предмет преступления – любое движимое имущество, не изъятое из гражданского оборота. Это имущество перечислено в Таможенном кодексе РФ: любое движимое имущество, в том числе валюта, валютные ценности, тепловая или иные виды энергий, транспортные средства, за исключением таких, которые используются при международных перевозках пассажиров и товаров, включая контейнеры и другое транспортное оборудование, промышленные и продоволь-

© М.В. Талан, 2010

ственные изделия, охотничье оружие, культурные ценности, медикаменты, сырьевые ресурсы нестратегического характера, машины, оборудование.

Объективная сторона выражается в одной из трех перечисленных форм преступного перемещения товаров. Эти незаконные способы перемещения детально раскрываются в Таможенном кодексе. Кроме того, в ТК даются понятия таможенной границы, таможенного контроля, декларирования товаров. Таможенная граница определяется не только пределами территории РФ, но и пределами свободных таможенных зон и свободных складов на территории РФ, как правило, исключенных из таможенной территории РФ, но входящих в государственную территорию РФ.

Объективная сторона контрабанды подробно раскрывается в постановлении Пленума Верховного суда РФ от 27 мая 2008г. №6 "О судебной практике по делам о контрабанде" [15].

В постановлении Пленума указано, что перемещение заключается в совершении действий по ввозу на таможенную территорию Российской Федерации или вывоз у этой территории товаров или иных предметов любым способом, включая перемещение товаров в международных почтовых отправлениях, трубопроводным транспортом и по линиям электропередачи. Момент окончания контрабанды зависит, во-первых, от формы и способа перемещения товаров, во-вторых, от способа совершения контрабанды, в-третьих, от этапов перемещения.

Формы и способы перемещения товаров – ввоз, вывоз, пересылка, перемещение трубопроводным транспортом и по линии электропередачи.

Способы совершения контрабанды названы в ч. 1 ст. 188 УК РФ.

Этапы перемещения товаров установлены Таможенным кодексом РФ (далее ТК РФ): – получение разрешения на применение процедуры внутреннего таможенного транзита;

– получение разрешения на перемещение процедуры международного таможенного транзита;

– предварительное и периодическое временное декларирование.

Например, под перемещением товаров через таможенную границу понимается:

1) при ввозе товаров или транспортных средств на таможенную территорию РФ при ввозе с территории свободных таможенных зон и со свободных складов на остальную часть таможенной территории РФ – фактическое пересечение таможенной границы РФ.

2) при вывозе товаров или транспортных средств с таможенной территории РФ при ввозе товаров или транспортных средств с остальной части таможенной территории РФ на территорию свободных таможенных зон и на свободные склады – подача таможенной декларации или иное действие, непосредственно направленное на реализацию намерения соответственно вывезти либо ввезти товары или транспортные средства. В этом случае состав оконченной контрабанды налицо с момента обнаружения недостоверности сведений, указанных лицом в таможенной декларации или иных действий, непосредственно направ-

ленных на вывоз, если такие действия, совершались способами, указанными в ч. 1 ст. 188 УК РФ. Количество перевозимой через таможенную границу валюты должно быть отражено в таможенной декларации, так как на сумму, превышающую определенный размер, требуется специальное разрешение уполномоченного банка (свыше 10 тыс. долларов США). В соответствии с постановлением Пленума от 27 мая 2008 г. при установлении размера суммы наличной иностранной валюты определяется сумма наличной иностранной валюты, в пределах которой единовременно ввозимая на территорию Российской Федерации им вывозимая из Российской Федерации иностранная валюта не подлежит декларированию таможенному органу. В Федеральном законе РФ от 10 декабря 2003 г. "О валютном регулировании и валютном контроле" определено, что при вывозе подлежит декларированию иностранная валюта на сумму, превышающую 10 тыс. долларов США [16, Ст. 4859].

Первый способ контрабанды, предусмотренной ч.1 ст. 188 УК РФ, заключается в перемещении товаров через таможенную границу помимо или с сокрытием от таможенного контроля. ТК РФ определяет, что под перемещением через таможенную границу помимо таможенного контроля понимается такое перемещение, которое осуществляется "вне определенных таможенными органами мест или вне установленного времени производства таможенного оформления". Таможенный контроль может осуществляться путем проверки документов и сведений, необходимых для таможенных целей, таможенного досмотра товаров, транспортных средств и физических лиц; проверки системы учета и отчетности; в других формах, предусмотренных ТК РФ.

ТК РФ определяет сокрытие от таможенного контроля товаров, перемещаемых через таможенную границу РФ, как их перемещение "с использованием тайников либо другим способом, затрудняющим обнаружение товаров, либо придание одним товарам вида других".

Второй способ контрабанды – обманное использование таможенных документов или средств таможенной идентификации. Таможенные документы – это документы на товары, выдаваемые таможенными органами накладные, багажные списки, лицензии, вагонные листы и т.д. Идентификация производится путем наложения пломб, печатей, нанесения маркировки, составления чертежей, фотографий и иллюстраций.

К средствам таможенной идентификации относятся также образцы и пробы товаров, сертификаты, удостоверяющие количество, качество, комплектность товаров, технические средства, используемые при осуществлении таможенного контроля.

Средства идентификации могут изменяться или уничтожаться только таможенными органами или с их разрешения, кроме случаев, когда существует реальная угроза уничтожения, существенной порчи товаров. Об изменении или уничтожении идентификационного средства немедленно сообщается таможенному органу и предоставляются доказательства существования угрозы. Под обманным использованием документов или средств таможенной идентификации понимаются их полная подделка, прикрытие действительными документами

или средствами идентификации других товаров, использование документов, полученных незаконным путем.

Третий способ контрабанды сопряжен с недекларированием или с недостоверным декларированием товаров. Декларирование – заявление в таможенный орган по установленной форме точных сведений о товарах и транспортных средствах, их таможенном режиме и других необходимых данных. Сроки и порядок предоставления декларации указаны ТК РФ. Недекларирование товаров, в определенном смысле, является специфичной пассивной формой сокрытия товаров от таможенного контроля, а недостоверное декларирование – это фактически обманное использование специального таможенного документа – декларации.

Обязательным признаком объективной стороны этого преступления является крупный размер стоимости перемещаемых товаров. Таковым считается стоимость товаров, превышающая 250 тысяч рублей. Н.А. Ныркова поясняет, что необходимо опираться на рыночную, а не таможенную стоимость незаконного перемещаемых через таможенную границу предметов, что вытекает из социально-правовой сущности данного преступления [13, с. 279].

С субъективной стороны преступление характеризуется прямым умыслом, мотивы и цели не влияют на квалификацию (как правило, это корыстные мотивы), но могут учитываться судом при назначении наказания.

В ч.2 ст. 188 УК РФ установлена ответственность за контрабанду предметов, изъятых из гражданского оборота или ограниченных в обороте. Способы этой контрабанды аналогичны способам, указанным в ч.1 ст. 188 УК.

Объектом преступления, предусмотренного ч.2 ст. 188, являются общественные отношения, связанные с монополией внешней торговли на определенные виды имущества. Дополнительным объектом выступают отношения, обеспечивающие общественную безопасность, в том числе и здоровье населения.

Предметом этой контрабанды являются только предметы, прямо перечисленные в диспозиции ч.2 ст. 188 УК РФ:

1) предметы, товары, представляющие повышенную общественную опасность (наркотические средства, психотропные вещества, оставить, инструменты и оборудование, находящееся под специальным контролем и используемые для их производства и изготовления, сильнодействующие, ядовитые, отравляющие, взрывчатые, радиоактивные и взрывчатые вещества, радиационные источники, ядерные материалы, взрывные устройства, огнестрельное оружие, боеприпасы к нему, оружие массового поражения, средства его доставки, иное вооружение, иная военная техника, в отношении которых установлены специальные правила перемещения через таможенную границу РФ;

2) стратегически важные сырьевые товары, в отношении которых установлены специальные правила перемещения через таможенную границу РФ. Эти правила были определены в различных нормативно-правовых актах.

К такого рода товарам относились: рыба, моллюски, икра частиковых, осетровых и лососевых пород; ракообразные, дикие животные, дикорастущие растения; слоновая кость; рога, копыта; кораллы; лекарственное сырье растительного и

животного происхождения; пшеница твердых и мягких сортов; семена сои и подсолнечника; спирт этиловый неденатурированный; природный газ, электроэнергия; драгоценные металлы, сплавы и изделия из них; металлы, плакированные драгоценными металлами, и изделия из них; концентраты, лом и отходы; драгоценные и полудрагоценные природные камни и изделия из них; отходы; порошки и рекупират драгоценных природных камней; жемчуг и изделия из него; янтарь и изделия из него; шифровальные средства и нормативно-техническая документация к ней; а также отдельные виды товаров и технологий двойного назначения, экспорт которых контролируется в соответствии с утвержденным Списком.

3) культурные ценности, в отношении которых установлены специальные правила перемещения. Это движимые предметы художественного, исторического и археологического достояния народов Российской Федерации и зарубежных стран, которые указаны в законе РФ от 15 апреля 1993 г. "О вывозе и ввозе культурных ценностей" [2, Ст. 718]. Согласно ст. 9 этого закона вывозу из РФ не подлежат следующие категории культурных ценностей: движимые предметы, представляющие историческую, художественную, научную или иную культурную ценность и отнесенные в соответствии с действующим законодательством к особо ценным объектам культурного наследия народов РФ, независимо от времени их создания; движимые предметы, независимо от времени их создания, охраняемые государством и внесенные в охранные списки и реестры в порядке, установленном законодательством РФ; культурные ценности, постоянно хранящиеся в государственных и муниципальных музеях, архивах, библиотеках, других государственных хранилищах культурных ценностей РФ. По решению уполномоченных государственных органов данное правило может быть распространено на иные музеи, архивы, библиотеки; культурные ценности, созданные более 100 лет назад, если иное не предусмотрено настоящим законом.

Установление принадлежности обнаруженных таможенными органами культурных ценностей к особо ценным объектам культурного наследия, не подлежащих вывозу, осуществляется органами Министерства культуры РФ на основании результатов проводимых экспертиз. Размещение перемещаемых товаров и предметов по ч. 2 ст. 188 УК РФ значения не имеет.

Контрабанда – формальный состав и признается оконченной с момента совершения действий, указанных в законе. Возможны стадии приготовления и покушения, когда не производится фактического перемещения предметов контрабанды через таможенную границу РФ. Контрабанда, предусмотренная ч. 1 ст. 188 УК, относится, согласно ст. 15 УК РФ, к преступлениям средней тяжести, и по ч. 2 ст. 30 УК РФ приготовление к такому преступлению ненаказуемо. Контрабанда, предусмотренная ч.2 УК, – тяжкое преступление, приготовление к нему является уголовно наказуемым.

Субъективная сторона преступления, описанного в ч. 2 ст. 188 УК, характеризуется прямым умыслом. Виновный сознает, что незаконно перемещает через таможенную границу РФ предметы, изъятые из гражданского оборота, и желает

этого. Мотивы и цели не являются конструктивными признаками состава преступления и не влияют на квалификацию.

В ч.3 ст. 188 УК РФ установлены квалифицирующие признаки контрабанды, которые изменены. Повышенную общественную опасность влекут за собой действия, указанные в ч.ч.1 и 2 ст. 188 УК РФ, если они совершены:

1) должностным лицом с использованием своего служебного положения. Должностные лица несут ответственность по п.б) ч. 3 ст. 188 УК РФ при совокупности двух условий: должностное положение лица и использование им своих полномочий для незаконного перемещения товаров. К ним относятся должностные лица таможенных органов РФ, специалисты по таможенному оформлению, являющиеся сотрудниками Федеральной государственной таможенной службы, должностные лица погранвойск, иных воинских формирований, дипломатических представительств, сотрудники органов внутренних дел, федеральной службы контрразведки и др. Если представитель таможенных органов – должностное лицо оказывает содействие другому лицу в незаконном перемещении через таможенную границу РФ предметов контрабанды, то он подлежит ответственности за соучастие в контрабанде и за превышение должностных полномочий (ст. 286). Как указывается в постановлении Пленума от 27 мая 2008 г. к таким лицам относятся должностные лица, обладающие правом находиться в зонах таможенного и пограничного контроля, осуществлять надзор за перемещением грузов, должностного лица в соответствии с ТК РФ освобождение от определенных форм таможенного контроля и использующие свое служебное положение для совершения контрабанды. Как было указано Верховным Судом РФ по конкретному уголовному делу, руководители негосударственных коммерческих и иных организаций, виновные в совершении контрабанды, при отсутствии квалифицирующих признаков подлежат ответственности по ч.1 ст. 188 УК РФ [1, с. 10]; М.Г. Иванов предлагает предусмотреть в качестве субъекта особо квалифицированной контрабанды специально уполномоченных лиц [6, с. 19].

2) с применением насилия к лицу, осуществляющему таможенный контроль. В статье не раскрывается характер насилия, которое охватывается диспозицией этой нормы. Согласно общим правилам квалификации преступлений, под таким насилием следует понимать причинение легкого и средней тяжести вреда здоровью. Причинение тяжкого вреда здоровью требует квалификации по совокупности со ст. 111 УК РФ. Угроза применения насилия не образует оконченного состава преступления, предусмотренного п. “в” ч. 3 ст. 188 УК РФ.

В ч. 4 указан еще один вид квалифицированной контрабанды – совершение деяний, предусмотренных ч.ч. 1, 2 или ч. 3 ст. 188 УК, организованной группой. Члены организованной группы – это лица, которые непосредственно перемещали контрабандные товары через таможенную границу РФ, содействовали незаконному перемещению в пункте таможенного контроля или вне его, приобретали контрабандные товары с целью доставления за пределы таможенной территории страны или получали его после ввоза в страну.

В УК РФ не предусмотрен такой квалифицирующий признак контрабанды, касающийся специального субъекта, как совершение контрабанды лицом,

освобожденным от определенных форм таможенного контроля, или лицом, уполномоченным на перемещение через таможенную границу РФ отдельных товаров и транспортных средств, освобожденных от определенных форм таможенного контроля. Этот признак, видимо, не вполне обоснованно исключен из перечня обстоятельств, обуславливающих повышенную общественную опасность контрабанды, так как предусмотрен довольно значительный ряд таможенных льгот для некоторых категорий лиц, которые могут быть использованы ими в целях извлечения выгоды для себя или третьих лиц. Освобождаются от таможенного досмотра личный багаж главы дипломатического представительства иностранного государства, членов дипломатического персонала представительства, а также проживающих вместе с ними членов их семей. Ряд льгот предоставляется сотрудникам административно-технического персонала дипломатических представительств, обслуживающему персоналу; консульским представителям и членам их семей; дипломатическим курьерам; международным организациям, персоналу этих организаций и др.

Таможенному досмотру не подлежит личный багаж Президента РФ и следующих с ним членов его семьи. Личный багаж депутатов Федерального собрания РФ и членов правительства РФ освобождается от таможенного досмотра, если эти лица пересекают таможенную границу в связи с исполнением своих служебных или депутатских обязанностей.

Освобождаются от таможенного досмотра иностранные военные корабли, воздушные военно-транспортные суда и военная техника, следующая своим ходом.

Не подлежат ни вскрытию, ни задержанию дипломатическая почта и консульская вализа. Таможенный орган в некоторых случаях вправе требовать вскрытия вализы (вализа – почтовый мешок дипломатического курьера, пользующийся неприкосновенностью), если есть основания полагать, что в ней содержатся не только официальные документы, а в случае отказа вализа возвращается в место отправления.

Согласно ТК РФ, Председатель Государственного таможенного комитета РФ вправе освобождать отдельных лиц, отдельные товары и транспортные средства от определенных форм таможенного контроля в случаях, когда это отвечает жизненно важным интересам России.

Не предусмотрен такой квалифицированный вид контрабанды, как контрабанда, сопряженная с прорывом таможенной границы, который выделялся в УК РСФСР 1960 г. Прорыв таможенной границы, согласно ТК РФ – это открытое перемещение через таможенную границу РФ товаров и транспортных средств вопреки прямому запрету присутствующего при этом должностного лица, осуществляющего таможенный контроль. При отсутствии других квалифицирующих признаков контрабанда, совершаемая с прорывом таможенной границы РФ, должна квалифицироваться по ч. 1 или ч. 2 ст. 188 УК РФ.

На практике и в литературе неоднозначно решается вопрос о возможной совокупности преступлений, предусмотренных ст. 188 и ст. 194 УК РФ (уклонение от уплаты таможенных платежей, взымаемых с организации или с

физического лица). Не раскрыт он и в постановлении Пленума Верховного суда РФ 2008 г. Так, М.А. Сосов ссылается на один из редких примеров сопоставления двух этих преступлений в практике Верховного суда РФ в определении от 18 декабря 1997 г. "Смысл его заключается в том, когда совершается преступление: в момент пересечения государственной границы – ч. 1 ст. 188 УК РФ, или позже – ст. 194 УК РФ"[17, С.289]. Но приведенный пример охватывает только один из способов уклонения от уплаты таможенных платежей. Представляется, что практика не случайно не может определиться в вопросах разграничения этих двух преступлений. При существующей конструкции контрабанды и уклонения от уплаты таможенных платежей один из этих двух составов является дублирующим, "лишним" и нуждается либо в совершенствовании, либо в исключении из УК РФ (это касается, в первую очередь, уклонения от уплаты таможенных платежей).

Литература

1. Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1995. – №9. – С. 10.
2. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1993. – №20. – Ст. 718.
3. Володько Н.В. Объект и предмет контрабанды // Труды Киевской высшей школы МВД СССР. – К., 1975. – С. 80-87.
4. Галанжин Е.Ф. Предупреждение контрабанды: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1995.
5. Давитадзе Д.Д. Уголовная ответственность за контрабанду: вопросы квалификации (по материалам Республики Грузия): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1992.
6. Иванов М.Г. Служебно-экономическая преступность: криминологические и уголовно-правовые аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2002. – С.19.
7. Иванова С.Ю. Уголовно-правовая охрана деятельности таможенных органов России. – Ульяновск, 2000. – С. 68.
8. Колдаев В.М. История и современные способы борьбы с контрабандой в СССР (Криминалистическое, уголовно-правовое и уголовно-процессуальное исследование): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1972.
9. Колосова В.И. Ответственность за контрабанду. – Горький, 1987.
10. Лукьянов В.В. Уголовно-правовая охрана конституционного принципа государственной момнополии внешней торговли // Вестник ЛГУ. Серия 6. Вып. 2. – 1987. – С.77-81.
11. Материалы III Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 29-30 мая 2008 г. – М.: Проспект, 2008. – С. 289.
12. Михайлов В.И., Федоров А.В. Таможенные преступления. – СПб., 1999. – С. 14.
13. Ныркова Н.А. Контрабанда и уклонение от уплаты таможенных платежей: спорные вопросы предмета // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты. Материалы III Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 29-30 мая 2008 г. – М.: Проспект, 2008. – С. 279.
14. Рогатых Л.Ф. Контрабанда: проблемы уголовно-правовой характеристики: Автореф. дис ….. канд. юрид. наук. – СПб., 1999. – С. 13.
15. Российская газета. 2008.7 июня.
16. Собрание законодательства РФ. – 2003. – №50 – Ст. 4859.
17. Сосов М.А. Вопросы разграничения составов преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 188 и ст. 194 УК РФ // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты.
18. Сучков Ю.И. Контрабанда и ответственность. – Калининград, 1976;
19. Чучаев А.И., Иванова С.Ю. Таможенные преступления в новом УК РФ // Государство и право. – 1998. – №11. – С. 43.

Анотація

Талан М.В. **Контрабанда за кримінальним правом Російської Федерації.** – Стаття.

У статті аналізуються положення Митного та Кримінального кодексу щодо відповідальності за контрабанду. Порівнюється склад злочину за контрабанду у Митному та Кримінальному кодексах Російської Федерації.

Ключові слова: контрабанда, кримінальна відповідальність.

Summary

Talan M.V. **Contraband under the criminal law of Russian Federation.** – Article.

In this article the author analyzed position concerning with responsibility for contraband in Customs and the Criminal code. It was compared crime structure for contraband in Customs and Criminal codes of the Russian Federation.

Key words: illegal trafficking, criminal responsibility.

УДК 343.9.2

В.О. Навроцький

ПАРАДОКСИ ВІТЧИЗНЯНОЇ “БОРОТЬБИ” З КОРУПЦІЄЮ

Боротьба з корупцією – незмінне гасло всіх без винятку вітчизняних політиканів, і об’єднаних у партії та блоки і таких, які виступають одноосібно, як тоді, коли вони перебувають при владі, так і коли “перебиваються” в опозиції. Обіцянки відтяти голову цій гідрі поєднуються з ініціативами, які втілюються у концепції (їх Україна за часи незалежності отримала вже дві), плани заходів, дорожні карти, а інколи і законопроекти. Підготовкою останніх найбільше опікуються (у цілком цивілізованих формах – перекладу зарубіжних законів, залучення іноземних фахівців, організації обговорень тощо) посольства деяких зарубіжних держав. Вряди-годи все це виливається у зміни та доповнення до нормативно-правових актів. Так сталося і з антикорупційними законопроектами, які готувалися і активно обговорювалися в Україні кілька років тому.

Коли ж про них (як і про негативні висновки провідних вітчизняних юридичних інституцій) вже призабули, 11 червня 2009 р. Верховна Рада прийняла три антикорупційні закони – “Про засади запобігання та протидії корупції” №1506-VI, “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення” №1508-VI та “Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень” №1507-VI. У прикінцевих положеннях кожного з цих актів було передбачено, що вони набирають чинності з дня опублікування, проте вводяться в дію з 1 січня 2009 р.

Наприкінці ж 2009 р. Верховна Рада ухвалила перенести введення в дію цих законів на 1 квітня 2010 р., а згодом і на 1 січня 2011 р. За цей час, очевидно, має бути прийнято рішення також щодо конституційного подання Верховного Суду

© В.О. Навроцький, 2010

України, в якому поставлене питання про невідповідність Конституції України цілого ряду положень вказаних законів. Не чекаючи рішення вищого органу конституційної юрисдикції, самі народні депутати почали вносити законопроекти про внесення змін до нещодавно прийнятих ними антикорупційних законів, які набрали чинності, але не введені у дію. Примітно, що один із таких законопроектів зареєстрований у Верховній Раді України 31 грудня 2009 р.

Так чи інакше, рано чи пізно, хай не в попередньому вигляді, а з врахуванням певних змін антикорупційні закони, прийняті влітку 2009 року, таки наберуть чинності і будуть введені в дію (якщо автори відповідних формулювань здатні пояснити різницю між цими поняттями). Тому виникає питання про те, чого слід очікувати від цього, чи обґрунтовані сподівання на принаймні скорочення рівня корупції, викорінення найбільш одіозних її проявів?

Ознайомлення з черговими потугами законодавця щодо вдосконалення заходів, спрямованих на протидію корупції, оптимізму не додає. Більше того, є підстави стверджувати, що нормативно-правова база в цій частині погіршилася, оскільки з'явився цілий ряд нових суперечностей, неясностей, інколи – відвертих нісенітниць. Про них достатньо говорять фахівці, причому, намагаючись бути почутими, звертаються не лише до колег-юристів, але й до широкої громадськості, оприлюднюють свої міркування через суспільно-політичні видання. Але головне, як видається, не в якості антикорупційних нормативно-правових актів, а в тому, що зберігаються парадокси, пов'язані з їх застосуванням. Їх виділення і хоча б стисла характеристика допоможе зрозуміти, чому ж, величезні зусилля не увінчуються результатом, чому сучасна Україна стає все більше корумпованою.

Перший із таких парадоксів полягає в тому, що боротьбу з корупціонерами повинні вести самі корупціонери. Відомо, що рівень корумпованості правоохоронних органів куди вищий, ніж інших елементів суспільної системи. Зворотне стверджують самі працівники цих органів, їх близькі та ті, хто їх утримує (мається на увазі не офіційна платня). У корупціонерів всіх мастей добрим тоном вважається мати "свого" високопоставленого міліціонера, прокурора, суддю, які покликані стати на перешкоді потугам посполитих, що шукають управу на корупціонерів. Тож важко чекати, що завдяки зусиллям наскрізь прогнилих державних структур можна досягти будь-яких зрушень у протидії корупції. Професійні борці з корупцією здатні лише її продукувати та потурати іншим корупціонерам. Давно відомо, що ворон ворону ока не виклює...

Другий парадокс – система корупції зміцнюється за рахунок жорстокого внутрішнього і зовнішнього відбору кадрів. Вона немилосердно відторгає тих, хто їй чужий, хто вільно чи невільно рве корупційні ланцюги. А кадри правоохоронних органів (вони ж репресивні, коли йде мова про пересічних громадян) формуються за рахунок далеко не кращих випускників навчальних закладів (кращі ідуть у сферу бізнесу); протекція і хабар (а отже корупція) лежать в основі комплектування таких органів, найкращі перспективи просування по службі мають конформісти, ті, хто демонструє особисту відданість.

Третій парадокс – корупція інтернаціональна, їй зовсім не перешкоджають міждержавні кордони, а навіть сприяють. Дія ж і законів, і компетенція правоохоронних органів обмежена національними кордонами. Чи не кожна держава надіється, що іноземна корупція – це не її проблема, фактично не втручається у діяльність своїх громадян та організацій, які займаються підкупом іноземних чиновників.

Четвертий парадокс – протидіяти корупції покликані органи, побудовані за територіальною ознакою, відповідно до адміністративно-територіального поділу держави. В той же час корупція найкраще зорганізована за цією ж ознакою – усім відомо про місцеві клани. Очевидно, що ядро корупційної системи держави перебуває у її столиці. Там же розташовані і головні покровителі корупціонерів. То чи варто дивуватися тому, що до відповідальності за корупційні правопорушення в Україні майже без винятків притягують найдрібніших чиновників. За їх рахунок формуються сумнозвісні "показники". У цілому доводиться констатувати, що протидія корупції в Україні лише імітується.

П'ятий парадокс – всі антикорупційні заходи в Україні призводять лише до посилення корупційного тиску. У розмір хабара закладається ще й плата за ризик. Тому найкращим антикорупційним заходом буде відсутність будь-яких заходів, або ж, навіть усіляке сприяння корупції (що і має місце зараз в Україні). Тоді, врешті-решт має спрацювати закон "заперечення-заперечення". Слід довести ситуацію до повної неможливості "низів" – тих, на кого покладається корупційний "оброк" терпіти наругу, піднести ставки хабарів до таких висот, коли вигідніше намагатися діяти за законом, ніж намагатися його обійти корупційним шляхом.

Шостий парадокс – корупція компенсує недоробки державних органів, вносить елементи організованості і порядку в багато сторін життя суспільства, зовні респектабельна. Тому її існування часто не усвідомлюється як зло. Можна назвати кілька десятків факторів, які роблять корупцію вигідною не лише корупціонерам. У сучасному суспільстві багатьом створюють проблеми не корупціонери (з ними завжди можна домовитися, мова йде лише про ціну питання), а "білі ворони". Останні створюють нездоланні проблеми навіть для тих, кого прийнято іменувати жертвами корупції.

Далеко не кожний розуміє, що, сплачуючи за кожний кусок хліба, будь-хто із нас сплачує і корупційний "податок". У корупції є свої ідеологи, захисники, кожний більш-менш радикальний крок у цій сфері суспільством зустрічається насторожено. У цілому це виливається в те, що всі заходи (концепції, програми) протидії корупції здійснюються за правилом: "Як би все змінити так, щоб нічого не помінялося". У цілому доводиться стверджувати, що українське суспільство ще не доросло до усвідомлення необхідності викорінення вказаного явища, українцям ще не залили сала за шкіру...

Сьомий парадокс – корупція ставить себе понад законом, мораллю, порядністю, а протидіяти їй вимагають із дотриманням засад законності. Відома теза – корупції у цих стінах немає, бо нікого не притягли до відповідальності за корупційні дії... Свідомо чи несвідомо викривлене поняття презумпції невину-

ватості, таємниці особистого життя, інших правових гарантій чи не найкращий захист корупціонерів.

Перелік парадоксів у сфері протидії корупції можна продовжувати і продовжувати.

Загалом же можна констатувати, що найбільш ефективними заходами у протидії будь-якому негативному явищу є заходи неординарні – парадокси сучасної протидії корупції слід долати, створюючи інші парадокси. І, звісно, долаючи ті, які вже існують.

Анотація

Навроцький В.О. **Парадокси вітчизняної "боротьби" з корупцією.** – Стаття.

Виділення парадоксів антикорупційної боротьби і хоча б стисла їх характеристика допоможе зрозуміти, чому величезні зусилля не увінчуються результатом, чому сучасна Україна стає все більше корумпованою.

Ключові слова: корупція, відповідальність.

Summary

Navrockiy V.O. **Paradoxes of domestic "fight" agains the corruption.** – Article.

Allocation of anticorruption struggle's paradoxes and their short characteristic will help to understand why the huge efforts do not crown any result and why the modern Ukraine becomes more and more corrupted.

Key words: corruption, responsibility.

УДК 343.359.36343.575

Н.А. Мирошниченко

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА КОНТРАБАНДУ НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ, ПСИХОТРОПНЫХ ВЕЩЕСТВ, ИХ АНАЛОГОВ И ПРЕКУРСОРОВ

Наркобизнес является одной из форм организованной преступности, который не ограничивается территориальными границами одного государства. Наркоторговцы находятся в постоянном поиске новых территорий для создания рынка сбыта наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов.

Социальная незащищенность в государстве, политическая и экономическая нестабильность, падение моральных ценностей, все это порождает преступность. Кроме того, геополитическое расположение Украины способствует тому, что через ее территорию проходят пути по доставке наркотиков из стран как ближнего, так и дальнего зарубежья. Наркотические средства и психотропные вещества контрабандным путем пересекают границы Украины.

Украина ратифицировала Конвенции 1961, 1971 и 1988 годов [1], таким образом, присоединились к международному сообществу государств по борьбе с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

© Н.А. Мирошниченко, 2010

Национальное законодательство Украины усилило уголовную ответственность за незаконные действия с наркотическими и психотропными веществами (Закон 1995 года) [2], уголовный кодекс Украины 2001 года также предусмотрел уголовную ответственность за ряд преступлений, связанных с наркотическими средствами, психотропными веществами, их аналогами и прекурсорами (ст. ст.305-324 УК Украины) [3].

В 2003 году Кабинет Министров Украины утвердил "Программу реализации государственной политики в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров на 2003–2010 годы" [4].

Увеличение транзита наркотиков из Афганистана, через среднюю Азию, Россию, Кавказ на Запад, стало причиной распространения наркомании в Украине; через территорию Украины проходят международные наркотрафики. Наличие портов на Черном и Азовском морях, маршрутов нелегальной перевозки наркотиков различными видами транспорта, большая площадь государственной границы, превратили Украину в регион, поражены контрабандой наркотиков и психотропных веществ.

Значительное количество наркотиков оседают на территории Украины и попадают на внутренний наркорынок. Так, на протяжении 2006–2008 годов таможенными органами было выявлено 2228 случаев незаконного перемещения через таможенную границу Украины наркотических средств, психотропных веществ, по этим фактам было возбуждено 330 уголовных дел.

Представители международной наркомафии пытаются наладить в Украине сбыт наркотиков путем организации совместных иностранных фирм через этнические преступные группировки.

Уголовная ответственность за контрабанду наркотических средств, психотропных веществ, из аналогов и прекурсоров предусмотрена ст. 305 УК Украины. Эта норма является специальной по отношению к норме ст. 201 УК Украины (контрабанда). Основные отличия этих норм заключаются в объекте и предмете преступления. Контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, посягает на установленный в целях охраны здоровья населения порядок перемещения наркотических средств и психотропных веществ через таможенную границу Украины. Предметом данного преступления могут быть наркотические средства, психотропные вещества их аналоги и прекурсоры. Перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров периодически пересматривается Комитетом по контролю за наркотиками при Министерстве охраны здоровья Украины, и утверждается Кабинетом Министров Украины [5]. Пленум Верховного Суда Украины от 26 апреля 2002 года "О судебной практике по делам о преступлениях в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров" обращает внимание на необходимость экспертного заключения о виде, наименовании и свойствах изъятых средств [6].

Контрабанда наркотических средств и психотропных веществ является по своей конструкции формальным составом, не требующим наступления последствий. Объективная сторона контрабанды наркотических средств, психотропных

веществ, их аналогов и прекурсоров выражается в активных действиях, связанных с незаконным перемещением через таможенную границу Украины наркотиков или психотропных веществ. Это может быть перемещение вне таможенного контроля, либо с сокрытием от таможенного контроля. Для квалификации по ст. 305 УК существенное значение имеет место совершения преступления. Таможенная граница Украины это пределы таможенной территории Украины; таможенная граница совпадает с государственной границей Украины, за исключением пределов территории специальных таможенных зон. Специальные таможенные зоны являются частью территории Украины, на которую распространяется таможенный режим специальной таможенной зоны (ст. 218 ТКУ). Способ сокрытия наркотиков и психотропных веществ не имеет квалифицированного значения, однако применительно к контрабанде это могут быть специальные тайники, а также приспособленные с целью сокрытия конструктивные емкости и предметы, которые предварительно были подвержены разборки и монтажу. Импорт, экспорт, транзит наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, которые ввозятся в Украину без сертификата, образуют нарушения таможенных правил.

В теории уголовного права спорным является вопрос о моменте окончания контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров. Одни считают преступление оконченным с момента, когда наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги и прекурсоры выявлены во время таможенного осмотра, другие полагают, что преступление будет окончено лишь, тогда, когда наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги и прекурсоры будут фактически перемещены через границу.

Представляется, если предметы контрабанды выявлены во время осмотра вещей, либо личного досмотра, при выезде за пределы Украины, содеянное должно быть квалифицировано как покушение на преступление (ст.15, 305 УК Украины). Незаконное перемещение (пересылка, перевозка) на территорию Украины либо за ее переделы предметов контрабанды, которые были выявлены во время таможенного контроля образуют оконченное преступление.

С моментом окончания преступления связан вопрос о возможности добровольного отказа. Если во время заполнения декларации и опросе граждан о наличии у них не задекларированных предметов, гражданин сообщит о том, что у него имеются наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги или прекурсоры, до окончания преступления (до пересечения таможенной границы), то в этом случае возможен добровольный отказ.

Субъектами преступления могут быть физические вменяемые или ограничено вменяемые лица, достигшие 16 летнего возраста на момент совершения преступления, граждане Украины, иностранцы либо лица без гражданства. Совершение контрабанды должностным лицом с использованием своего служебного положения, подлежит дополнительной квалификации по статьям УК, предусматривающим ответственность за должностные преступления. Действия должностных лиц, которые способствовали перемещению наркотических средств через таможенную границу, судебная практика рассматривает, как пособничество

в контрабанде, совершенное путем сокрытия от таможенного контроля и соответствующее должностное преступление. Контрабанда, совершенная по предварительному сговору группой лиц должна быть квалифицирована по ч. 2 ст. 305 УК, если же контрабанду наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров совершила организованная группа лиц, содеянное квалифицируется по ч. 3 ст. 305 УК. Организованная группа может распределить роли таким образом, что один из субъектов ввозит на территорию Украины наркотические средства, другой – занимается перевозкой (транспортировкой), хранением на территории Украины, а третий – сбывает наркотические средства иным лицам. В этом случае будет иметь место совокупность преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 305 и ч. 3 ст. 307 УК.

Контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров предполагает наличие умышленной формы вины в виде прямого умысла. В формальном составе преступления, к которым относится контрабанда, умысел определятся лишь отношением к самому общественно опасному деянию, то есть лицо осознает общественную опасность своих действий и желает их совершить. Мотив и цель в контрабанде наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров являются факультативными признаками субъективной стороны, однако, их установление может прояснить развитие дальнейшей преступной деятельности лиц, занимающихся контрабандой этих веществ.

Незаконное производство, изготовление, приобретение, хранение наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров с последующей перевозкой или пересылкой их за пределы Украины, необходимо квалифицировать по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 307 или ст. 309 УК и по ст. 305 УК Украины.

На квалификацию контрабанды влияет размер наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров (по ч. 2 ст. 305 УК – это крупный размер, по ч. 3 ст. 305 УК – особо крупный), кроме того, законодатель указывает на контрабанду особо опасных наркотических средств или психотропных веществ. Определение небольших, крупных и особо крупных размеров наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, содержится в приказе Министра Охраны здоровья Украины от 1 августа 2000 года №188. Этим приказом утверждены таблицы 1, 2, 3, 4, где перечислены виды наркотических, психотропных веществ, прекурсоров и критерии определения их размеров. Желательно уточнить размеры, дополнив их виды значительным размером, который будет определять квалификацию основных составов (ч. 1 ст. 305 УК).

Представляется целесообразным дополнить ст. 305 УК некоторыми квалифицирующими признаками, согласовав их с общей нормой ст. 201 УК. Так, в ст. 201 УК идет речь о судимости, тогда как в ст. 305 УК указана повторность. Полагаем, что и в специальной норме ст. 305 УК следует указать на судимость, при этом учитывать судимость как по ст. 201, так и по ст. 305 УК, соответственно судимость будет влиять на квалификацию контрабанды, как по общей, так и по специальной норме указанных статей. Лица, занимающиеся контрабандой

наркотических средств, часто перевозят и ядовитые, и сильнодействующие вещества, являющиеся предметом общего состава контрабанды (ст. 201 УК).

Наряду с судимостью, которая должна быть указана в качестве квалифицирующего признака в ч. 3 ст. 305 УК, предлагается во вторую часть этой статьи включить такой квалифицирующий признак, как совершение контрабанды "лицом, ранее совершившим одно из преступлений, предусмотренных ст.ст. 307, 309, 311 УК", а также совершение контрабанды наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров должностным лицом. Эти квалифицирующие обстоятельства повышают общественную опасность контрабанды, поэтому требуют более сурового наказания. Кроме того, включение их в качестве квалифицирующих признаков исключит необходимость квалифицировать деяние по совокупности преступлений.

Представляется, что высказанные предложения будут способствовать дальнейшему совершенствованию законодательства по борьбе с контрабандой наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров.

Литература

1. Международные конвенции 1961, 1971, 1988 гг. – Україна в міжнародно-правових відносинах, кн. 1. – К.: Юрінком, 1996. – С. 155-284.
2. Законы Украины 1995 г.: "О наркотических средствах, психотропных веществах и прекурсорах" (в редакции Закона от 22 декабря 2006 г.), "О мерах противодействия незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров и злоупотреблению ними" // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1999. – №36 – Ст. 317.
3. Кримінальний Кодекс України (Із змінами та доповненнями станом на 15 січня 2009 року). – Х.: Одіссей, 2009. – 287 с.
4. Программа реализации государственной политики в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров на 2003-2010 годы.
5. Перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, утвержденный постановлением Кабинета Министров Украины 6 мая 2000 г. №770 // Офіційний вісник України. – 2000. – №19. – Ст. 789 // с изменениями и дополнениями от 12.12.2002 г. (Офіційний вісник України. – 2002–2003. – №51. – Ст. 2316).
6. О судебной практике по делам о преступлениях в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, из аналогов и прекурсоров: Постановление Пленума Верховного суда Украины от 26 апреля 2002 г. // Вестник Верховного Суда Украины. – 2002. – №4 (32).

Анотація

Мирошниченко Н.А. **Кримінально-правова відповідальність за контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів прекурсорів.** – Стаття.

У статті досліджується склад контрабанди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів. Звертається увага на спірні питання кваліфікації, викладені пропозиції з удосконалення кримінального законодавства.

Ключові слова: контрабанада, наркотик.

Summary

Miroshnichenko N.A. **Cruminal-legal responsibility for drugs traffiking and smuggling.** – Article.

Drugs smuggling corpus delicti is investigated in the article. Special emphasis is laid upon the controversial issues of qualification, expressed suggestions on improvement of criminal legislation.

Key words: drugs trafficking.

УДК 343.9.2

О.Н. Костенко

О КОНЦЕПЦИИ “АКТИВНОЙ ЮСТИЦИИ” В ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ

Современная преступность в Украине является особой разновидностью преступности – это преступность кризисного типа. Что это означает? С одной стороны, она порождена социальным кризисом в Украине, а с другой стороны, будучи ее порождением, сегодняшняя преступность создает благодатную почву для углубления кризиса. Вывести нашу страну из социального кризиса можно лишь разорвав этот “заколдованный круг”. Если его не разорвать, то любые реформы в Украине – политические, экономические, правовые, моральные и тому подобное – обречены на неудачу, что мы теперь и имеем. Преступность кризисного типа имеет свойство сводить на нет любые хорошие намерения реформаторов. Особо разрушительное влияние на правопорядок производит коррупционная преступность. В этом ее угроза для национальной безопасности и особый злокачественный характер. Поэтому количественная характеристики отечественной преступности имеет второстепенное значение, а первостепенное значение приобретает в современных условиях ее качественная характеристика, а именно такой ее характер, который способен сводить на нет любые реформы в Украине. К сожалению, эта закономерность, открытая наукой криминологией, сегодня не учитывается в стратегии модернизации Украины. Поэтому все попытки вывести Украину из кризиса суть проявления волюнтаризма и утопизма.

Есть достаточно оснований полагать, что именно такое игнорирование привело к тому, что противодействие коррупционной преступности в Украине в настоящее время имеет ненаучный, а иногда и антинаучный характер. Из-за отсутствия должного научного обеспечения борьба с преступностью в Украине напоминает поведение “всадника без головы”.

Имеют место определенные природные закономерности, по которым существует преступность. Криминология, как наука о преступности, предназначена открывать эти закономерности и предлагать их для использования в практике противодействия преступности. Тогда эта практика перестанет быть противоприродной и антинаучной, то есть нарушением законов, по которым существует преступность.

Представляется, что продуктивной в этом отношении может быть, в частности, так называемая “натуралистическая” криминология, то есть наука о преступности, основанная на принципе социального натурализма [1, с. 31-39]. Именно натуралистическая криминология, которая познает природные законы существования преступности, является основой для развития в Украине новой концепции противодействия преступности, в том числе коррупционной преступности. Эту концепцию можно изложить в виде следующей формулы: “правовая культура граждан плюс юстиция”. Отмеченная формула указывает на сущест-

© О.Н. Костенко, 2010

вование криминологической закономерности, согласно которой противодействие преступности может быть эффективным лишь тогда, когда она будет заключаться в использовании двух факторов: во-первых, деятельности, направленной на повышение правовой культуры граждан, – это радикальный фактор; и во-вторых, деятельности в виде юстиции – это паллиативный фактор.

Сегодня, к сожалению, в нарушение формулы "правовая культура граждан плюс юстиция" противодействие преступности сводится к "совершенствованию" юстиции, то есть к фактору, который имеет паллиативное значение, и вовсе не используется радикальный фактор, а именно: повышение правовой культуры граждан. Это приводит к гипертрофии роли юстиции и атрофии роли правовой культуры граждан в противодействии коррупционной преступности. Такое противодействие противоречит законам криминологии и потому обречено быть неэффективным.

Указанная концепция подтверждается и опытом противодействия преступности в зарубежных странах, в частности Японии, Швеции, Германии. В мире есть большой опыт противодействия, например, коррупционной преступности, однако он является непригодным для Украины без его научной интерпретации и адаптации с помощью науки криминологии к украинскому обществу. Сегодня попытки "импортировать" даже самый передовой опыт в Украину окажутся, как правило, неудачными. А все потому, что и в этом случае игнорируется наука криминология.

Современная отечественная и зарубежная наука криминология имеет достаточно богатый арсенал эффективных инструментов противодействия преступности, который, к сожалению, не используется в Украине. Игнорирование его делает Украину незащищенной от разнообразных кризисообразующих факторов. В Украине криминальный компонент является фактором всех кризисов – и политических, и экономических, и правовых, и моральных. Другими словами, преступность играет свою значительную роль в существовании любого кризиса. В то же время, кризис в сферах экономики, политики, юстиции, морали, "питает" преступность, в частности коррупционную преступность.

Все эти области общественной жизни поражаются кризисом, который имеет интегральный характер, а интегрирующим фактором является кризис социальной культуры граждан. Из этого следует, что применение средств уголовной юстиции в противодействии коррупционной преступности не может быть эффективным без применения средств, направленных на преодоление кризиса в сферах экономики, политики, морали, в том числе и в сфере духовности. Это – закон криминологии, выявляемый с помощью так называемой натуралистической доктрины. В свете данного закона и должен решаться один из фундаментальных вопросов современной криминологии: "Возможно ли успешно противодействовать преступности, не борясь с аморальностью и бездуховностью?". И в частности: "Можно ли успешно противодействовать коррупции, не борясь с аморальностью и бездуховностью?".

Следовательно, выход Украины из кризиса, поразившего политическую, экономическую, правовую, моральную сферы общественной жизни, не может

состояться без адекватного противодействия преступности, которая является преступностью кризисного типа (об этом свидетельствует, в частности, и опыт выхода из состояния Великой депрессии в США под руководством Франклина Рузвельта). Поэтому противодействие преступности должно быть модернизировано таким образом, чтобы быть адекватным именно кризисному типу сегодняшней преступности в Украине, в частности оно должно строится с учетом кризиса моральности и духовности в обществе.

Для этого, в соответствии с доктриной натуралистической криминологии, предлагается, в частности, следующее:

1. В Украине в современной ситуации следует реформировать уголовную юстицию на основе внедрения в практику концепции "активной уголовной юстиции" (вместо имеющейся сегодня "пассивной уголовной юстиции"). Эта концепция заключается в следующем. Деятельность государственных органов, уполномоченных на противодействие преступности, должна быть направлена на активное выявление преступных деяний во всех областях общественной жизни путем применения для этого не только инструментов, предусмотренных нормами уголовно-процессуального законодательства, но и инструментов, которые есть в арсенале современных социальных технологий. В частности, это касается такого инструмента как метод "аналитического скрининга" преступности, в том числе коррупционной преступности. Этот метод заключается в том, чтобы с помощью анализа социальных (политических, экономических, правовых, моральных) явлений, которые имеют место в общественной жизни, идентифицировать преступность, то есть обнаружить признаки пораженности ею тех или иных областей общественной жизни. На основании идентификации методом аналитического скрининга проявлений преступности в сферах экономики, политики, медицины, образования, строительства, внешнеэкономической сферы, налогового администрирования, местного самоуправления, правоохранительной деятельности, правосудия, и тому подобное, можно будет обеспечить активную форму уже уголовно-процессуального реагирования на преступные проявления. Таким образом, аналитический скрининг преступности позволяет обеспечить внедрение "активной уголовной юстиции". Кроме того, следует отметить, что концепция "активной уголовной юстиции" открывает пространство для применения социальных технологий в противодействии преступности. А это, согласно натуралистической криминологии, – наиболее эффективное и перспективное средство противодействия преступности.

Еще одним методом, который обеспечивает внедрение "активной юстиции", является криминологическая экспертиза не только законодательства, но и функционирования различных областей общественной жизни: экономики, политики, медицины, образования, строительства, внешнеэкономической деятельности, налогового администрирования, местного самоуправления, правоохранительной деятельности, правосудия, и тому подобное. Такая экспертиза должна заключаться в выявлении признаков не отдельных преступлений, а признаков наличия преступной деятельности, в этих сферах. На основании результатов такой криминологической экспертизы должны осуществляться

мероприятия "активной юстиции" (оперативно-разыскные, досудебно-следственные, судебные и т.п.), а также политические, экономические, правовые, моральные мероприятия противодействия преступности.

Для внедрения подобных методов "активной юстиции" следует внести соответствующие новеллы в действующее законодательство.

2. Поскольку сегодня все большее распространение получают достаточно сложные криминальные "технологии", то деятельность уголовной юстиции должна ставиться на научную основу, и внедряться новейшие антикриминальные технологии, в частности с привлечением специальных научных консультантов, советников и экспертов, введя соответствующие изменения и дополнения в действующее законодательство. Сегодня есть основания считать, что научные достижения еще недостаточно используются в практике противодействия преступности. И это является одной из причин ее неэффективности. Следовательно, важным элементом модернизации противодействия преступности, в том числе коррупционной преступности, должна стать "науковизация" (научное обеспечение) уголовной юстиции.

3. Для обеспечения надлежащего научного уровня противодействия коррупционным преступлениям, которые сводят на нет реформы в Украине, следует создать вневедомственное научное учреждение (со статусом национального) – Институт политической криминологии, или в другой форме организовать проведение исследований в сфере политической криминологии, предметом которой являются политические средства противодействия преступности, в том числе и коррупционной преступности. Это было бы также реализацией 18-го принципа Резолюции (97) 24 Комитета Министров Совета Европы "О двадцати руководящих принципах борьбы с коррупцией",[2] принятой 6 ноября 1997 года на 101-й сессии, который рекумендует государствам: "Поощрять исследования относительно коррупции".

4. В Украине должна быть внедрена государственная программа по формированию антикриминальной, в том числе антикоррупционной, культуры граждан Украины (с учетом, в частности, опыта реализации подобных программ в Польше, Италии, Гонконге, Сингапуре и тому подобное). В современных подходах в противодействии коррупции имеет место недооценка такого фактора как коррупционная активность граждан-взяткодателей. Эта активность порождена низким уровнем правовой культуры граждан. Поэтому без формирования правовой, и в частности аникоррупционной, культуры у граждан, являющихся основой криминологической безопасности в обществе (как важнейшего элемента национальной безопасности), никакие антикоррупционные реформы уголовной юстиции не будут эффективными. Согласно доктрине натуралистической криминологии, основой гражданского общества и правового государства является "морально-правовой гражданин", то есть гражданин, который имеет надлежащую моральную и правовую культуру. Эта культура заключается в усвоении гражданином не только "естественных прав человека", но и "естественных обязанностей человека", которые налагаются на него природными законами общественной жизни. Без такого гражданина в одинаковой степени невозможно

ни гражданское общество, ни правовое государство, – наоборот, закономерным является поражение и общества, и государства преступностью, в частности, коррупцией. "Активная антикоррупционная юстиция" может быть эффективной, если в обществе будет формироваться фигура "морально-правового гражданина".

5. В новой модели противодействия преступности, и в частности коррупции, должна быть учтена следующая закономерность: противодействие преступности средствами уголовной юстиции не может быть эффективным без повышения уровня моральности и духовности в обществе средствами социального воспитания людей. Пока гражданину невыгодно быть моральным и духовным, никакие антикриминальные (в том числе антикоррупционные) реформы не будут результативными. Можно утверждать следующий тезис: "Без антикоррупционной морали само антикоррупционное законодательство – это "бумажный тигр"". Следовательно, из доктрины натуралистической криминологии вытекает концепция "морально-правового противодействия преступности", в том числе коррупционной. Согласно ей, мероприятия, направленные на формирование в обществе моральности и духовности, – предпосылка эффективности "активной юстиции" в противодействии коррупционной преступности. По нашему мнению, в современных условиях кризиса морали и духовности, а не только права, развитие концепции морально-правового противодействию коррупции становится особенно актуальной проблемой. Возможно для этого следовало бы развивать специальную отрасль криминологии – так называемую "моральную криминологию", предметом которой было бы исследование роли моральных факторов в механизме порождения преступности и в механизме противодействия преступности. В частности, моральная криминология должна исследовать влияние морального нигилизма, поразившего украинских граждан, на формирование правового нигилизма в обществе, проявлением которого является в частности преступность, в том числе коррупционная преступность. Это нужно также для обеспечения "моральной войны" против коррупции.

6. Сегодня около 50 процентов экономики "тенизировано". Это самое касается, очевидно, и сферы деятельности государственных органов. Указанное означает, в частности, что около 50 процентов юристов, которые работают в этих сферах, используют законодательство против его прямого назначения, – то есть в "теневых" (незаконных) интересах, во вред обществу в целом, разрушая его основу – правопорядок. Отсюда следует неотложная потребность реформирования юридического образования для подготовки в Украине юристов новой генерации, а именно юристов с прогрессивной правовой и моральной культурой. В частности, модернизация противодействия коррупционной преступности должна быть обеспечена соответствующей подготовкой (или переподготовкой) кадров, способных реализовать потенциал "активной юстиции".

7. Для обеспечения модернизации противодействия преступности, в том числе коррупционной преступности, в Украине, и в частности для модернизации уголовной юстиции Украины следует образовать специальную, вневедомственную (то есть со статусом национальной) постоянно действующую (вплоть до окончания реформы) как государственный орган Комиссию по реформированию

системы противодействия преступности в Украине. Эта комиссия должна быть наделена полномочиями единственного консультативно-экспертного органа, на которого возложена ответственность за консультативно-экспертное обеспечение в Украине политики в сфере противодействия преступности, в том числе коррупционной преступности, и кримнологической безопасности как важного компонента национальной безопасности.

Это лишь часть тех предложений, которые может быть предложено в соответствии с доктриной натуралистической криминологии для модернизации противодействия коррупционной преступности в Украине.

Литература

1. О концепции "натуралистической" криминологии см.: Костенко О.М. Культура і закон – у протидії злу. – Київ: Атіка, 2008; Костенко О.М. Концепція модернізації кримінології у світлі соціального натуралізму (про основи "натуралістичної" кримінології) // Право України. – 2009. – №7.
2. Резолюции (97) 24 Комитета Министров Совета Европы "О двадцати руководящих принципах борьбы с коррупцией".[электронный ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_845

Анотація

Костенко О.М. **Щодо концепції "активної юстиції" у протидії корупції.** – Стаття.

Виходячи з так званої "натуралістичної" кримінології, автор пропонує деякі заходи концептуального характеру з модернізації протидії злочинності в Україні. Зокрема, пропонується концепція "активною юстиції" і концепція "морально-правого протидії" корупції.

Ключові слова: юстиція, корупція.

Summary

Kostenko A.N. **About the conception of "active justice" in counteraction to the corruption.** – Article.

With reference to so-called "naturalistic" criminology the author offers some measures of conceptual character from modernization of counteraction of criminality in Ukraine. In general the concept is offered to "active justice" and the concept of "the moral-right counteraction" to corruption.

Key words: justice, corruption.

УДК 343.132:343.352

В.М. Хомич

ОПЕРАТИВНЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ И ПРОВОКАЦИЯ ВЗЯТКИ

Исключение провокационных элементов из практики осуществления оперативного эксперимента, проводимого в целях изобличения фактов взяточничества, – одна из серьезных проблем применения законодательства об оперативно-розыскной деятельности.

© В.М. Хомич, 2010

Законодательное определение данного оперативного мероприятия не структурировано для однозначного использования в практике проведения оперативного эксперимента на принципах обеспечения законности. В своем исходном значении оперативный эксперимент определятся как искусственное создание обстановки, максимально приближенной к реальности. В буквальном смысле такое определение уже наталкивает на возможность создания провокационной обстановки, в создании которой нет необходимости с точки зрения оперативного интереса в плане изобличения преступника или готовящегося либо совершаемого преступления.

Для проведения оперативного эксперимента должна моделироваться та ситуация (обстановка), которая соответствует выявленным и установленным предположениям, что объект оперативного интереса сориентирован на реализацию сформированного у него установочного умысла на совершение коррупционной сделки в рамках исполнения своих служебных полномочий.

Поэтому в ходе оперативного эксперимента должна инсценироваться (а не искусственно создаваться) та обстановка, которая исходит из полученной оперативной информации о том, что лицо допускает, проявляет или склонно к решению тех или иных вопросов по службе на основе удовлетворения коррупционного интереса, но подтвердить это посредством публичных процессуальных действий невозможно.

Оперативный эксперимент может проводиться для решения следующих задач предупреждения скрытых коррупционных форм преступной деятельности:

– в целях подтверждения совершения объектом оперативного интереса противоправных действий и их пресечения в контролируемом состоянии;

– в целях выявления и пресечения преступной деятельности.

Оперативный эксперимент в целях подтверждения лицом противоправных действий (например, факта взяточничества) проводится лишь в тех случаях, когда на основе полученных данных установлен факт готовящегося преступления (поступило заявление от лица о том, что должностное лицо согласно на совершение определенных действий по службе за вознаграждение, или вымогает либо требует взятку). Умысел у объекта оперативного интереса сформирован и остается только в ходе оперативного эксперимента под контролем оперативных сотрудников подтвердить факт коррупционного соглашения, что, обычно, завершается задержанием виновного с поличным.

Более сложным является реализация посредством оперативно-розыскной деятельности и, в частности посредством оперативного эксперимента цели выявления и пресечения фактов взяточничества со стороны должностных лиц. В этих случаях оперативный эксперимент имеет свою особенность по всем элементам его проведения и является многоэтапной агентурной оперативной операцией.

Основанием проведения такого оперативного является достоверно-значимая оперативная информация о том, что объект оперативного интереса занимается противоправной деятельностью, а именно: установлены сферы и объекты коррупционных интересов этого лица; проведен тщательный анализ тех ситуацией

служебной деятельности, при которых имеет место пристрастие должностного лица разрешать те или иные вопросы клиентов на основе получения соответствующего коррупционного вознаграждения. В конечном итоге должны быть установлены факты, подтверждающие наличие установочного умысла на получение взятки при разрешении тех или иных вопросов служебной деятельности. Соответственно, инсценирование обстановки должно быть осуществлено таким образом, чтобы она была максимально приближена к той ситуации, которая предрасполагает объекта оперативного интереса на реализацию умысла на получение вознаграждения за определенные действия по службе. Из изложенных, казалось бы, очевидных положений следует сделать один однозначный вывод: инициатива в даче-получении взятки при проведении оперативного эксперимента не должна исходить от оперативного сотрудника. В противном случае, налицо – провокация взятки. Наше отношение к такой категоричной оценке данной позиции далеко не однозначное.

Не следует исключать активное начало оперативно-розыскной деятельности в плане выявления и пресечения скрытых форм преступной деятельности и сводить допустимость проведения оперативного эксперимента только к случаям контролируемого осуществления преступного замысла со стороны объекта оперативного интереса, возникшего без какого-либо участия (вмешательства) оперативных сотрудников.

Понятно, что оценка законности как в целом проведенного оперативного эксперимента по выявлению и пресечению факта взяточничества, так и на предмет наличия или отсутствия провокации, когда в качестве инициатора дачи-получения взятки негласно выступает оперативный сотрудник либо лицо, сотрудничающее с ним на конфиденциальной основе, задача в правовом отношении сложная, но решаемая.

Под оперативным экспериментом мы понимаем создание (инсценирование) оперативными сотрудниками контролируемых условий (ситуации) для объекта оперативного интереса, в отношении которого имеется достаточная и подтверждаемая информация о готовящемся коррупционном преступлении или системных коррупционных нарушениях, соответственно в целях:

– реализации объектом оперативного интереса умысла на получение взятки для подтверждения факта взяточничества и изобличения виновного (основанием проведения оперативного эксперимента в этом случае являются ставшие известными органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, сведения о наличии умысла – коррупционного соглашения либо вымогательства или требования взятки);

– проявления объектом оперативного интереса установочного умысла на использование должностным лицом предоставленных ему служебных полномочий на основе коррупционного соглашения для выявления (в том числе посредством опытного экспериментирования) и последующего пресечения и документирования факта (фактов) совершения коррупционного преступления (основанием проведения оперативного эксперимента в этом случае являются ставшие известными органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, сведения

о системных (повторяющихся) коррупционных нарушениях со стороны руководителей и подчиненных им должностных лиц при осуществлении служебной деятельности, полученные в ходе проведенных оперативно-розыскных и иных мероприятий, но которые по степени определенности недостаточны для возбуждения официального уголовного преследования конкретных лиц по факту совершения ими конкретных коррупционных преступлений).

Оперативный эксперимент по второму сценарию – это более глубокое по оперативному внедрению и содержанию мероприятие. В ходе проведения такого оперативного эксперимента ставится, прежде всего, задача выявления коррупционных преступлений, совершаемых в определенных системах (подсистемах) субъектами властного (распределительно-разрешительного) управления, на основе полученной оперативным путем предполагаемой, но еще требующей конкретного подтверждения, информации. Проведением подобных оперативных экспериментов в комплексно-активном варианте решается задача выявления и подтверждения достоверности наличия и реализации предполагаемого (установочного) коррупционного умысла путем инсценирования конкретных служебных действий должностного лица (объекта оперативного интереса), предрасполагающих его совершить эти действия по службе с учетом (или при условии) удовлетворения своего коррупционного интереса. И только после четко выраженного (и зафиксированного) согласия на получение коррупционного вознаграждения оперативный эксперимент может быть завершен в режиме операции "дача-получение (принятие)" взятки.

Допустимо ли в принципе в ходе оперативного эксперимента, проводимого в указанном формате оснований и поставленных задач, такое оперативное внедрение, которое сопровождается элементами прямого или косвенного инициирования объекта оперативного интереса со стороны агента на принятие предложения о коррупционной сделке. Европейский Суд по правам человека Ваньяна к Российской Федерации относительно оценки действий оперативных агентов на предмет их провокационности записал следующее: если "действия тайных агентов направлены на подстрекательство преступления и нет оснований полагать, что оно было бы совершено без их вмешательства (выделено курсивом нами), то это ... может быть названо провокацией". Европейский Суд, констатируя факт провокации преступления в отношении Г.А. Ваньяна, указал, что сотрудниками милиции не было представлено каких-либо достоверных свидетельств, указывающих на то, что заявитель (Ваньян) занимается противоправной деятельностью. Таким образом, Европейский Суд в принципе не против использования элементов инициирования разрабатываемых объектов оперативного интереса на проявление ими умысла на совершение преступления в целях выявления и пресечения их преступной деятельности. Проблему идентификации провокации или точнее, инициирования как провокации Европейский Суд видит в достаточности или недостаточности оснований (свидетельств, информации), для проведения оперативного эксперимента.

Основанием оперативного эксперимента в целях выявления (фиксации) и пресечения совершаемых лицом преступлений должна быть предполагаемая,

но значимая, лучше еще и подтверждаемая определенными объективными данными информация, полученная в ходе проведения иных оперативно-розыскных мероприятий, о предрасположенности объекта оперативного интереса к совершению противоправных (преступных) деяний. При этом такие свидетельства должны относиться к вполне объективированным обстоятельствам противоправного поведения в режиме реального времени и пространства. На основе этой информации и в заданных ею пределах и должны инсценироваться условия, функциональное содержание оперативного эксперимента, его объем и направленность.

Следует самым тщательным образом оценивать информацию, полученную в ходе ранее проведенных оперативно-розыскных мероприятий и касающуюся достоверности свидетельств о преступных намерениях и деяниях разрабатываемого лица. Особенно, насколько эта информация оперативно значима и подтверждает версию, что преступление будет инициативно совершено (будет совершаться) разрабатываемым субъектом, даже если не будет активного его инициирования к этому со стороны оперативных агентов. Одновременно следует оценить возможность пресечения преступной деятельности с возбуждением уголовного преследования посредством иных оперативных мероприятий в условиях контролируемого наблюдения и фиксации его результатов без контактного вмешательства легендируемых агентов.

Допускаемая в ходе заключительного этапа оперативного эксперимента степень инициирования объектов оперативной разработки со стороны оперативных агентов, исключающая ситуацию провокации преступления, зависит от достоверности, определенности и значимости информации относительно того, насколько намеренно должностное лицо допускает по службе разрешение определенных, входящих его компетенцию дел на условиях удовлетворения коррупционного интереса.

Провокация в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий запрещена самим Законом об ОРД и дискуссию следует вести лишь о том, в какой степени в ходе проведения оперативного эксперимента допустимо инициирование субъекта оперативной разработки в целях выявления и пресечения готовящихся или совершаемых преступлений и чем определяется степень таковой допустимости. Такая инициатива допустима, но в строго ограниченных рамках и при соблюдении гарантий прав объекта оперативной разработки на свободу выбора в формате правомерного поведения.

Так, просьба удовлетворения законного интереса в рамках исполнения служебных полномочий должностного лица может усиливаться элементами прямого воздействующего инициирования лица посредством просьбы о срочности принятия решения, о выборе более приемлемого решения из числа возможных (альтернативных), о снятии необоснованных административных барьеров (процедур) при его принятии (которые могут возникнуть), что не затрагивает существа законности как самой просьбы, так и принимаемого по нему должностным лицом решения. Если должностное лицо согласилось принять решение в рамках исполнения своих служебных полномочий по просьбе легендированного

сотрудника с учетом соблюдения авансированных привилегий его принятия и очевидно, что согласие должностного лица соблюсти указанные привилегии основывается не на служебной целесообразности, легендированный сотрудник может в знак благодарности прямо предложить за это вознаграждение. Принятие этого вознаграждения должностным лицом не может свидетельствовать, что это лицо было спровоцировано на получение взятки.

Вместе с тем, категорически недопустимо даже делать какие-либо намеки о вознаграждении должностного лица, если объект оперативной разработки (должностное лицо) склоняется к совершению противоправных действий по службе. Поэтому когда легендированный сотрудник (или его конфидент) обращается к должностному лицу с предложением выполнить незаконную просьбу за взятку, прямо говоря об этом либо намекая на это, налицо провокация. Фактор свободы выбора, который как будто сохраняется за объектом оперативной разработки, не может приниматься во внимание, поскольку инициированное предложение о получении взятки поступило (и было принято) не в формате обеспечения правомерного поведения.

Анотація

Хоміч В.М. **Оперативний експеримент та провокування хабару.** – Стаття.

Під оперативним експериментом розуміється створення оперативними співробітниками контрольованих умов для об'єкта оперативного інтересу, щодо якої є достатня і підтверджується інформація про підготовлюваний корупційному злочині або системних корупційних порушення, відповідно. В ході проведення оперативного експерименту припустимо ініціювання суб'єкта оперативної розробки в суворо визначених межах і при дотриманні гарантій прав об'єкта оперативної розробки на свободу вибору в форматі правомірної поведінки з метою виявлення і припинення готуються або вчинених злочинів.

Ключові слова: провокація хабаря.

Summary

Homich V.M. **Operative experiment and provocation of bribe.** – Article.

As an operative experiment is understood creation by operative stuff the controlled conditions for an object of operative interest, in relation to which is available confirmed information about prepared corruption crime or systematic corruption violations. During the leadthrough of operative experiment, initiation of operative development subject is possible, respecting his choice in determination of legal behavior and observing his rights.

Key words: bribe's provocation.

УДК 343.9:347.97/99

О.Г. Кальман

СУДОВІ ОРГАНИ ЯК СУБ'ЄКТ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Правове свавілля українського правосуддя вже стало "притчею во язицях" в суспільстві і за кордоном. Як відомо, демократично-правова держава існує передусім для забезпечення прав і свобод людини і громадянина. В Конституції України зазначається, що основним правовим засобом захисту прав і свобод людини є суд (стаття 55). Але, за результатами соціологічних опитувань, три чверті українців не довіряють судовій гілці влади, 72% заперечують саму можливість законно домогтися правди в судах. У корумпованості судової системи переконані 85% громадян [1;2]. Таке ставлення населення до суду обумовлене тим, що у діяльність судових органів запроваджено принцип верховенства права у спотвореному його розумінні політиками і представниками судівського корпусу як верховенство судівського права у розумінні власного права (як захочу, так і вирішу справу).

Поняття "судівське право" – одне з найбільш розповсюджених у сучасній західноєвропейській юриспруденції і в країнах англо-американського загального права. Воно є невід'ємним компонентом майже всіх західноєвропейських течій теорії права [3]. Що ж таке суддійське право? В самому загальному вигляді суть цієї концепції полягає у правотворчій діяльності суду і подоланні принципу: суддя підкорюється закону. Прихильники цієї концепції вважають, що суддя стоїть над законом, і вимагають надати судді права вирішувати конкретні справи на власний розсуд. Застаріле уявлення про суддю відкидається і суддя розглядається як "архітектор" права, який зобов'язаний швидко і конкретно вирішувати правові проблеми. Вимоги прихильників судівського права звучать у сучасному суспільстві досить радикально, а масштаби його використання значно зросли. Варто зазначити, що в основі концепції судівського права лежить концепція вільного суддівського розсуду, яка виникла на початку XX ст. Українськими правниками, вченими та практиками, ці концепції впродовж XX століття не були сприйняті. Навіть у сталінських репресій судді керувалися не власним розсудом, а чинними на той час законами.

І ось, на початку XXI ст., ці концепції були реанімовано в діяльності судових органів України. У чому ж причина такого стану? Вона полягає в тому, що для правлячих кіл, кримінально-олігархічних кланів – це дуже зручний спосіб ігнорувати закони і використовувати їх для своїх потреб. Тому і з'явилися у юридичному лексиконі і юридичній практиці терміни: "верховенство права", "дух закону", "природнє право", "вищі принципи права", правова дискреція", "примат прав людини над публічними зобов'язаннями влади", "корінні інтереси нації", "політична доцільність" тощо, які фактично підривають принцип законності у функціонуванні держави, судів і правоохоронних органів. У той же час, недостатня визначеність цих термінів надає суду повну свободу по відношенню до закону і його вимог. Як справедливо зазначає В.Бринцев,

© О.Г. Кальман, 2010

відсутність будь-якого загального визначення правового терміна призводить до неоднозначності у праворозумінні [4].

За допомогою вільного суддівського розсуду можна будь-яке законодавче положення пристосувати до обставин, які змінилися, без його законодавчого перегляду, прийняти те рішення, яке вигідне зацікавленим сторонам. Напевне суддівський розсуд має мати обмеження. Загальними засадами суддівського розсуду можна визначити: по-перше, свободу судді у виборі; по-друге, відносний характер такої свободи, її обмеженість; по-третє, те. що як свобода, так і способи її обмеження безпосередньо випливають із правових норм [5]. Таким чином, суддівський розсуд має здійснюватися в межах визначених законом, із додержанням принципу законності, при певній свободі вибору рішення.

Однак надавати повний простір для суддівського розсуду третій владі українські можновладці не бажали. Проти цього було спрямовано низку законів і підзаконних нормативних актів, прийнятих в Україні впродовж останніх десяти років. Так, наприклад, в період роботи Верховної Ради України IV скликанная (2002–2006 роки) було прийнято і вступило в силу 1 138 законів і 6 кодексів [6]. А в 2008 році в парламенті було зареєстровано 2 740 проектів законів і постанов Верховної Ради України. Та цей нормативно-правовий вал спричинив зворотну дію і ще більше розширив можливості для маніпуляцій законом третьою владою. Досить часто законодавці розробляють і приймають закони, які взагалі суперечать інтересам розвитку суспільства. Для того, щоб більш віртуозно маніпулювати законами Верховна Рада закріпила в статті 129 Конституції України, в статті 14 Закону України "Про судоустрій" абсолютну незалежність суду від будь – кого. У результаті – закон не став і навряд чи стане в найближчому майбутньому дійовим інструментом регулювання усієї сукупності суспільних відносин в державі. Таким чином, безсистемне, кон'юнктурне законотворення створило необхідні умови для розповсюдження суддівського розсуду у правозастосуванні.

Друга обставина, яка сприяла розповсюдженню практики судівського права – наявність у чинному законодавстві значної кількості "каучукових" понять, які можна тлумачити по-різному; прийняття компромісних законів – як наслідок політичних домовленостей. Кількісне зростання законодавчих актів і їх низька якість призвели до інфляції законів і відкрили широкі можливості для суддівського маневрування при прийнятті рішень.

Третя обставина – це ідеологічний вплив західноєвропейських і англо-американських правових моделей на українських політиків, правників і в цілому на правову систему. При цьому слід зазначити, що моделі правосуддя, які діють в цих країнах, формувалися впродовж століть і ґрунтуються на високому рівні правової культури, що не можна сказати про правову культуру в Україні. Українська політико-правова еліта концепцію верховенства права і суддівського розсуду почала пристосовувати до "сталінської" правової свідомості більшої частини населення і політичної (революційної) доцільності у правозастосуванні. Низький рівень правової культури українських "правосудців" і обумовив розгул свавілля і корупції в судовій системі. Як справедливо

зазначає професор О.Костенко справедливо зазначає: "Без культури законодавство, будучи перед сваволею, перетворюється на її жертву – сваволя обертає законодавство собі на службу [7]. Все це у сукупності поставило під серйозну загрозу застосування загальновизнаного принципу функціонування держави – принципу законності.

З точки зору прихильників концепції "судівського права", суддя визначається особою, яка маючи широкий соціальний і правовий кругозір, може при прийняті рішень враховувати більше число соціальних факторів і їх наслідків, ніж законодавець. Для них характерне звужене розуміння права – виключно, або головним чином, як засіб вирішення виникаючих у суспільстві конфліктів. Прихильники такого підходу до права вважають, що суд може краще розібратися в обставинах конкретного конфлікту, ніж це може зробити законодавець в загальній формі закону. Звісно, що вирішення конфліктів – важливе завдання права, але лише до цього його потенціал не зводиться. Право наділене ще й іншими, передусім організаційними і стабілізуючими функціями, забезпечуючи сталий розвиток суспільних відносин. Слід зазначити, що адепти цих концепцій не бажають рахуватися із процесами соціально-економічного розвитку суспільства, які потребують стабільного правового регулювання. І в цьому сенсі, значна частина юристів дають послідовну критичну юридико-політичну оцінку абсолютизації концепцій верховенства права, суддівського розсуду, судівського правосуддя.

Зазначимо також, що концепція судівського права знаходиться у явному протиріччі з Конституцією України. Так, у ст. 129 Конституції України наголошується, що однією із засад здійснення правосуддя є законність. У статті 3 Закону України "Про статус суддів" [8] зазначається, що судді "підкоряються тільки законові". А в статті 2 Закону України "Про судоустрій" [9], який був прийнятий значно пізніше, 7 лютого 2002 року, вже було закріплено, що суд здійснює правосуддя на засадах верховенства права. Про принцип законності у цьому законі вже не згадується, а навпаки, у пункті 6 статті 14 наголошується, що суддям забезпечується свобода неупередженого вирішення судових справ відповідно до їх внутрішнього переконання, що ґрунтується на вимогах закону. А вимога закону – це верховенство права.

Про принцип законності, як принцип діяльності органів кримінального правосуддя, не згадується і в Концепції реформування органів кримінальної юстиції [10]. В останній редакції КПК України, розробленого Національною комісією із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, у главі другій проекту взагалі відмовились від закріплення принципу законності [11].

Конфлікт, який існує між принципами права та законності – це прояв глибинного конфлікту між класовою і загально соціальною природою держави. Таким чином, справа полягає в тому, який із цих двох принципів переважить, і як, зберігаючи обидва принципи, забезпечити функціонування держави як єдиного цілого в інтересах дійсної демократії, свободи і справедливості. А революційна доцільність є вищим синтезом цих протилежностей [12].

У роботах сучасних дослідників наполегливо доводиться нове розуміння принципу законності і його співвідношення з принципом верховенства

права. Констатується системна криза законності і потреба розробки загальної теорії законності, актуальність проблеми обумовлює прагнення дослідників повніше розкрити це поняття. Вивчення сучасного стану правової науки з окресленого питання дозволяє констатувати, що на заміну соціалістичному розумінню принципу законності приходить нове розуміння, згідно з яким принцип законності підпорядковується абстрактному принципу "верховенства права".

У ряді законів, інших нормативно-правових актів замість терміну "верховенство закону" останнім часом широко використовується термін "верховенство права". У цьому зв'язку слід зазначити, що принцип "верховенства права", який був вперше сформульований видатним британським конституціоналістом Альбертом Дайсі в кінці XIX ст., пов'язується з дотриманням природних прав людини і процесуальними гарантіями її прав і свобод, демократичними принципами судочинства, і повинен бути, перш за все, обов'язковим взірцем при проектуванні, і лише потім – у правозастосовчій діяльності. Тому принцип законності має бути пріоритетним у діяльності щодо протидії та запобігання злочинності. Принцип верховенства закону, визначаючи місце закону в ієрархії всіх інших нормативних актів, – повинен бути головним орієнтиром у діяльності правоохоронних органів.

Таким чином, можна констатувати той факт, що можливості для "судівського правосуддя", суддівського свавілля фактично закладені у чинному законодавстві, і це свідчить про кризу законності і правопорядку в Україні. Прибічники судівського права стверджують, що звільняючи суддю від підлеглості закону, вони підвищують рівень його незалежності. В дійсності ж все відбувається навпаки, так як підлеглість судді тільки закону і є найбільш важливою гарантією його незалежності. Реалізація цього положення в практику діяльності органів кримінального правосуддя є непорушною гарантією захисту правосуддя від впливу на нього різноманітних політичних сил, органів виконавчої влади. Отже, замість конституційної декларації незалежності суддів ми отримали зворотній ефект: втрату однієї із основних гарантій незалежності – законності його діяльності.

Принцип законності зовсім не вимагає, щоб суддя сліпо підкорявся виключно букві закону і став бездумним механічним його виконавцем. Між тим, принцип зв'язаності суду із законом залишає за суддею достатньо широкі повноваження і можливості для конкретизації правових норм, їх тлумачення і застосування на основі внутрішнього переконання. Суддя – не автоматичний виконавець закону, а особа, яка повинна керуватися у своїй діяльності відповідними правовими концепціями. Не виключається при цьому і конфлікт між вимогами закону і власними переконаннями судді. Однак функція правосуддя у суспільстві вимагає повної відповідальності судді перед законом. Судова практика, мета якої забезпечити стабільність правопорядку, має розвивати право в рамках принципу законності, а не його потурання. І в цьому важлива роль належить здійсненню ефективного прокурорського реагування на факти порушення закону в діяльності судових органів.

З кримінологічної точки зору, давно назріла необхідність розробити нову концепцію правосуддя, зокрема, кримінальної юстиції, засновану на природному урівноваженні прав і обов'язків потерпілої сторони, обвинувачення і захисту у кримінальному судочинстві. Необхідна нова парадигма кримінального судочинства в Україні. Традиційні ж методи та процесуальна форма боротьби зі злочинністю значною мірою себе не виправдали і не відповідають нинішньому стану злочинності. Використовувати їх вже не має жодного сенсу [13].

Для того, щоб судова влада реально стала надійним державним органом з протидії злочинності при здійснення правосуддя у кримінальних справах взагалі та запобігання корупції у власному середовищі, необхідне комплексне вивчення низки кримінологічних аспектів, пов'язаних із: обмеженням недоторканості суддів і відсторонення від займаної посади, їх підготовкою та кваліфікацією, методами організації навчання та профілактичного відбору, психологією правозастосування, межами суддівського розсуду, співвідношенням принципів законності і верховенства права тощо.

Література

1. Корупція в судовій системі України: думки і погляди населення України. Соціологічне дослідження (жовтень 2007 року). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: // www.pace.org.ua; Стан корупції в Україні. Результати загальнонаціонального дослідження 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: // www.gudkgov.ua
2. Стан корупції в Україні. Результати загальнонаціонального дослідження 2007 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: //gudkov.ua.
3. Див: Туманов В.А. К критике концепции "судейського права". // "Советское государство и право". – 1980. – №3. – С. 111-118.
4. Бринцев В. Конституційні межі законодавчого унормування функції нагляду прокуратури в Україні. / В. Бринцев // Право України. – 2009. – №2. – С. 139.
5. Луспеник Д. Де закінчується суддівський розсуд і починається суддівське свавілля. / Д.Луспеник // Закон і бізнес. – 11-21 травня 2004 р. – [Электронный ресурс] . – Режим доступу: http: // www.zib.com.ua.
6. Ришелюк А., Мельник Н. Стабильность и качество закона. [Электронный ресурс] / А. Ришелюк, Н. Мельник // Зеркало недели. – 2006. – 3 июня. – [Электронный ресурс] . – Режим доступа: http: // www.zn.ua
7. О.Костенко. Культура і закон – у протидії злу: Монографія. – К.: Атака, 2008. – С. 85.
8. Про статус суддів: Закон України від 15 грудня 1992 року № 2862-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – №8. – Ст. 56.
9. Про судоустрій України: Закон України від 7 лютого 2002 року №3018-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2002. – №27. – Ст. 180.
10. Концепція реформування кримінальної юстиції, затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// zakon.rada.gov.ua.
11. Ю. Грошевий. Проблеми реформування кримінально судочинства. / Ю. Грошевий // Право України. – 2002. – №2. – С. 4-10.
12. Гафуров З. Социально-правовое государство: причины возникновения, объективные основы, противоречивая сущность / З. Гафуров // Государство и право. – 2009. – №4. – С. 5-14.
13. Півненко В., Турич В. Про необхідні зміни парадигми кримінального судочинства в Україні / В. Півненко, В. Турич // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – №1. – С. 101-104.

Анотація

Кальман О.Г. **Судові органи як суб'єкт протидії злочинності.** – Стаття.

Назріла необхідність розробити нову концепцію правосуддя, зокрема, кримінальної юстиції, засновану на природному урівноваженні прав і обов'язків потерпілої сторони, обвинувачення і захисту у кримінальному судочинстві. Необхідна нова парадигма кримінального судочинства в Україні.

Ключові слова: кримінальна юстиція, кримінальний закон.

Summary

Kalman O.G. **Judicial bodies as a subject of conteraction to the criminality.** – Article.

The ripened necessity to develop the new concept of justice and the criminal justice in general based on natural balance the rights and duties of the dissatisfied party, accusation and protection in criminal legal proceedings. Ukraine needs a new paradigm of criminal legal proceedings.

Key words: criminal justice, criminal law.

УДК 343.123.1

В.С. Зеленецкий

ПРИНЦИП ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ В ДОСЛЕДСТВЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Предусмотренная законом обязанность лица, производящего дознание, следователя, прокурора и судьи принять любое, даже не относящееся к их ведению, заявление или сообщение о преступлении обусловливает необходимость их взаимодействия в доследственном уголовном процессе.

Это взаимодействие может быть эпизодическим и систематическим. Первое сводится к одноразовым акциям совместной деятельности органов дознания и предварительного следствия в процессе проверки заявлений и сообщений о преступлениях. Обеспечить достижение таких целей возможно лишь при комплексном подходе к взаимодействию, который обязывает лиц, ведущих процесс, использовать из имеющегося арсенала все многообразие организационных, процессуальных и тактических форм.

Второе – систематическое взаимодействие, – характеризуется постоянством совместной деятельности следователя и прокурора с органами дознания в решении как общих, так и частных задач уголовного процесса. Формы такого взаимодействия могут быть самыми различными, но в этом процессе необходимо использовать те из них, которые в конечном счете обеспечат всесторонность, полноту и объективность проверки заявлений, сообщений, иной информации о преступлениях, принятие по ним своевременных и обоснованных решений.

Специфика взаимодействия зависит от правового положения лица, ведущего процесс, и от того, действует оно единолично или коллегиально. Следователь и прокурор, например, вправе единолично установить взаимодействие с органами

© В.С. Зеленецкий, 2010

дознания на основе поручений, указаний и предъявляемых к ним требований. Коллективные формы взаимодействия предполагают участие следователя в постоянно действующих следственно-оперативных группах по раскрытию особо опасных (тяжких) преступлений и в группах суточного дежурства.

Обязательный прием всех заявлений и сообщений о преступлениях во многом обусловливает принятие решений о направлении их по принадлежности. Орган, получивший указанные источники информации, обязан зарегистрировать их в соответствующих документах и лишь после этого передать конкретным лицам для их проверки и разрешения. Таким образом, следует различать первичный и вторичный прием и регистрацию заявлений и сообщений о преступлениях, что, естественно, имеет значение при проверке соблюдения органами дознания законности в данной сфере совместной деятельности.

Краткая характеристика принципов доследственного уголовного процесса позволяет отметить следующие важные для них признаки.

1. Правовые положения, входящие в систему принципов существуют объективно. Поскольку все они реализуются в непосредственной практической деятельности, предопределяя ее содержательную сущность, их можно рассматривать в качестве функциональных принципов доследственного уголовного процесса.

2. Каждый принцип имеет свое функциональное назначение, которое не сводится к назначению другого принципа процесса, в связи с чем он обладает присущей только ему индивидуальностью. Последнее однако не предопределяет его абсолютную самостоятельность. Реализуясь в общей структуре доследственного уголовного процесса, каждый принцип входит в общую систему других принципов и может выполнить свое функциональное назначение лишь во взаимодействии с другими принципами. Как видно, принципы доследственного уголовного процесса не только взаимосвязаны, но и взаимозависимы, в связи с чем в процессе их функционирования взаимообусловливают друг друга. Отсюда следует, что нарушение одного принципа влечет нарушение другого, что в конечном счете ведет к дестабилизации всей системы принципов, обусловливая невозможность успешного разрешения задач, стоящих перед доследственным уголовным процессом.

3. Органическая взаимосвязь и взаимозависимость рассмотренных принципов позволяет говорить не только об их единстве, но и особой функциональной целостности образуемой ими системы. Поскольку все принципы в процессе функционирования дополняют друг друга, то следует отметить не только существование между ними отношений дополнительности, но и существование прямой зависимости полной реализации каждым из них своей специфической роли в данном производстве.

И, наконец, последнее. Выделение принципов доследственного уголовного процесса ни в коей мере не дает повода, а тем более достаточных оснований для их противопоставления общим принципам процесса. Являясь частью общей процессуальной системы, доследственный уголовный процесс обеспечивает реализацию в нем функциональных возможностей всех общепроцессуальных

принципов. Понятно, что последние реализуются в доследственном уголовном процессе в той мере, в какой это обусловлено спецификой данного производства. При этом полнота реализации их функциональных возможностей находит свое воплощение в ходе выполнения принципами доследственного уголовного процесса своего процессуального назначения. В этом проявляется связь не только рассматриваемых принципов, но и соответствующих процессуальных производств.

Анотація

Зеленецький В.С. **Принцип взаємодії правоохоронних органів у дослідчому кримінальному процесі.** – Стаття.

Взаємодія правоохоронних органів у дослідчому кримінальному процесі може бути епізодичною і систематичною. Специфіка взаємодії залежить від правового становища особи, що веде процес, і від того, діє вона одноосібно або колегіально.

Ключові слова: взаємодія, кримінальний процесс.

Summary

Zelenecкiy V.S. **Principle of co-operation of law enforcement authorities in beforeinvistigation criminal procedure.** – Article.

In a criminal process an interaction of law enforcement bodies can be episodically and regular. Specificity of interaction depends on a legal status of the person who conducts the process, and in what way this person operates this process. There are two ways of operating: individually or collectively.

Key words: contact, criminal proceedings.

УДК 343.121.4(470)

Н.Н. Белов

ОЦЕНКА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ УСЛУГ АДВОКАТА

"Высшая ловкость состоит в том,
чтобы всему знать истинную цену".
Ф. Ларошфуко

Компьютерная робототехника неуклонно входит в самые разные сферы жизни человека. Роботы сделали шахматных гроссмейстеров безработными. На фондовом рынке уже более десяти лет идет напряженное сражение финансовых роботов [1]. Финансовым роботам удается хорошо зарабатывать в спокойные времена и даже определять признаки приближающихся кризисных ситуаций. В работе [2] опубликован системный анализ судебного процесса, имеющий целью построение базиса программных объектов будущего юридического робота. Для этой работы необходима модельная система мотиваций клиента и адвоката в рамках судебного процесса. Такая модель позволяет создать процедуру выбора клиентом адвоката. Настоящая статья посвящена решению этой проблемы.

© Н.Н. Белов, 2010

Юриспруденция оставляет за гранью своего внимания самые разные проблемы, представляющие особое значение для участников судебных процедур. Многие среди этих проблем относятся к экономике, другие к психологии, третьи – к проблемам социальной коммуникации и т.п. Зачастую эти вопросы оказывают первостепенное влияние на развитие судебного процесса. Однако юриспруденция вполне закономерно исключает их из сферы своих интересов. Для решения этих задач существуют специальные научные направления. Такое вычленение важнейших факторов влияющих на участников судебного процесса невозможно, когда идет построение алгоритмов работы юридического робота. Это связано с тем, что компьютерная программа должна иметь соответствующие критерии для того, чтобы определять свою позицию по важнейшим вопросам, возникающим в ходе судебного процесса, а модели поведения участников процесса должны быть прогнозируемы. Подобные модели можно построить только в том случае, если удастся формализовать модели мотиваций участников судебного процесса.

Доктрина, законодательство, способы воплощения уголовно-правовой политики ведущих стран мира отводят адвокату одну из основных позиций в уголовном процессе. Именно профессиональные действия адвоката существенно изменили ход многих резонансных судебных процессов и защиту прав граждан [3]. Адвокат, привлеченный подозреваемым, обвиняемым, осужденным, играет одну из ведущих ролей судебного процесса. Впрочем, услугами адвоката имеют право воспользоваться потерпевший, свидетели, понятые и т.д. Услуги адвоката могут быть оплачены государством в случае наличия заявления заинтересованного в этой услуге лица и соответствующих оснований. Однако, как правило, заинтересованное лицо само оплачивает услуги адвоката.

Возникает вопрос , а какова сумма , которую было бы разумно заплатить за услуги адвоката? Как происходит поиск клиентом СВОЕГО адвоката? Какова мотивация адвоката, соглашающегося представлять интересы клиента? Общий алгоритм решения подобных задач состоит в том, что право предоставляет ответы на любые вопросы, если они регулируются государством. Если прямого указания на решение в законе нет, то тогда можно найти аналогию в соответствующей практике, если же отсутствует и что-то аналогичное, то на помощь приходит логика [4]. Теория ценообразования предоставила широкую гамму технологий для оценки стоимости рыночных продуктов. Следуя этому алгоритму, в данной статье рассматривается сложный вопрос об оплате услуг адвоката.

Клиент оценивает услуги адвоката

Любая оценка имеет две стороны. С одной стороны клиент определяет ту сумму, которую другие, как правило, платят за нужный ему продукт. С другой стороны клиент формирует в своем воображении оценку того, насколько велика ценность этого продукта для его жизни или на языке экономики – полезность продукта. При этом он обнаруживает на рынке широкий спектр цен за адвокатские услуги. Интуиция и печальный опыт подсказывают ему, что бесплатные продукты не самый лучший выбор. В то же время возможности клиента, как правило, жестко ограничены его доходами [5]. Однако он не имеет прямых методов оценки таланта, способностей, умений адвоката. Выбор адвоката

клиентом идет в условиях недостатка информации, а зачастую в условиях острого дефицита времени.

Клиенты делятся на группы. Одну из групп составляют эмоциональные клиенты, которые ориентируются в первую очередь на имидж адвоката. Вторую, большую группу клиентов, составляют экономные клиенты. Для них основа выбора – уровень цен обслуживания. Есть некоторая группа многофакторных клиентов, для которых цена не важна. Они ориентируются во время поиска адвоката на какие-то другие параметры.

Позиция адвоката

Позиция адвоката более определенна. Адвокат имеет возможность методом проб и ошибок изменять цену своих услуг, подбирая себе такие уровни гонораров, которые с одной стороны обеспечат привлекательность его услуг, так, чтобы его доходы перекрывали его издержки. С другой стороны цена услуг должна быть достаточно высока, чтобы отсечь ту часть излишнего потока клиентов, которая не может быть обслужена адвокатом. Спектр цен за адвокатские услуги удивительно широк. Сторонами, определяющими цены на услуги адвоката являются сам адвокат, его конкуренты и клент(ы).

Талант адвоката, полет его мысли в поиске стратегии защиты клиента, эти важнейшие для судебного процесса характеристики адвоката, практически не удается формализовать до сих пор. Попытки формализации технологии поиска творческих решений предприняты в работах по интуитивике [6]. Как правило, для большинства товаров и услуг мировые цены существенно, иной раз на тридцать процентов, ниже национальных [7]. Однако, для адвокатских услуг мировые цены весьма близки к национальным. Интуиция подсказывает, что адвокаты, создавая ориентиры на цены своих услуг, придерживаются метода пикового ценообразования, когда есть сильные колебания спроса. Постоянные издержки адвоката, которые не могут быть покрыты во время затишья спроса, должны быть покрыты за счет оплаты его услуг во время пика спроса. Пиковое ценообразование ориентировано на цены при максимальном спросе.

Все предложения адвокатов можно разделить на три ценовые группы. Центральную группу предложений, внутри которой цены близки, составляют цены большинства адвокатов. Эти предложения построены по затратному методу (см. ниже). В то же время можно выделить дополнительный максимум в области очень высоких цен и длинный хвост в области малых цен вплоть до бесплатного.

Высокая цена адвокатских услуг

Важно отметить, что сама по себе высокая цена товара способствует созданию особого имиджа этому товару. [5]. Адвокат, чьи услуги востребованы обществом, высоко поднимает цены. Цена его услуг нарастает с каждым новым выигранным резонансным делом. Высокая цена на продукт позволяет сдерживать покупательский спрос [5; 8]. В случае адвокатских услуг ситуация весьма остра – адвокат не может создавать запасы своего рабочего времени впрок. И одновременное выполнение некоторых работ в принципе не возможно. Поэтому перегружен-

ные заявками адвокаты используют политику снятия сливок – высокую цену на свои услуги.

Цена услуг адвоката может существенно расти и без реальных успехов на адвокатском поприще. Такие манипуляционные варианты реализуются, когда на клиента производят хорошее впечатление внешний вид адвоката, его дома, его семьи, встречи с адвокатом в местах тусовки элиты. Именно такие "престижные" адвокаты создают на спектре цен за адвокатские услуги крыло в области сверхвысоких цен, которые определяются динамикой спроса и предложения.

Сверхнизкие цены адвокатских услуг

В спектре цен за адвокатские услуги существует протяженный хвост в области сверхнизких цен. Получить адвокатскую поддержку по таким заниженным расценками можно в том случае, если:

1) Государство оплачивает услуги адвокатов для обслуживания малоимущих.

2) Судебный процесс может послужить основанием для передачи дела в Европейский суд по правам человека. Это связано с тем, что ЕСПЧ, в случае признания жалобы обоснованной, обяжет государство (ответчика) оплатить адвокату выполненную им работу.

3) Участие в общественно резонансном деле дает адвокату шанс резко поднять свой статус. К таким делам относятся судебные процессы, связанные с крупными авариями, терактами, защитой прав больших коллективов.

4) В ряде случаев бесплатно оказывают услуги в виде предоставления бонуса за участие в другой акции.

5) Многие начинающие адвокаты привлекают клиентов в первую очередь пониженными ставками. Такая ценовая стратегия называется политикой проникновения на рынок [5; 8].

Можно назвать и другие варианты снижения цены услуг адвоката. Например, существуют криминальные адвокаты, которые в нарушение Закона используют сведения, полученные от клиента, для ухудшения положения клиента за счет обслуживания противной стороны. Как очень низкие цены, так и очень высокие, являются предметом серьезных переговоров. В большинстве случаев адвокаты, предоставляющие услуги, бесплатные для клиента, получают за них оплату из других источников.

Затратный метод

В случае затратного метода цены сообщаются возможным потребителям рассылкой каталогов, приглашений и т.п. [9]. Расценки услуг большинства адвокатов формируются по затратному методу [5], при котором учитывается покрытие собственных издержек (с определенной долей дополнительных доходов). Он характерен для продавцов, не выделившихся исключительным талантом и не зависит от выгоды покупателя этих услуг.

Услуги адвокатов стандартизованы лишь по названиям – иск, ходатайства, а строятся они по оригинальной схеме. Широко принята схема, когда клиенту представляется набор элементарных услуг, за каждую из которых адвокат требует вполне определенное вознаграждение. Предложения многих адвокатов

конкурируют между собой, и, привлекательность предложения в первую очередь определяется привлекательностью цен на услуги.

Клиент может заказать подготовку иска, приглашение двоих свидетелей, заявление трех жалоб и пяти ходатайств, а также участие адвоката в судебном заседании. При этом цена за каждую указанную позицию жестко прописана в каталоге адвокатских услуг. Такой способ формирования цены на услуги адвокатов относится к агрегатным или пакетным методам ценообразования. Такие методы основаны на том, что адвокат суммирует стоимость отдельных услуг, выполненных в рамках договора с клиентом, и получает суммарную стоимость адвокатской поддержки. Пакетное формирование цены используется для продажи сложных многовариантных комплектов продуктов и услуг [9]. Какие-то из перечисленных в каталоге работ клиент может не заказывать, другие ему нужны и он выделит их в списке. Именно так большинство адвокатов предлагают клиентам сформировать свой собственный пакет услуг, которые они хотели бы заказать у адвоката. Подобных списков нет у адвокатов высочайшего уровня. Там цены договорные и приближаются к оценкам полезности адвокатских услуг.

Сведенные воедино критерии адвокатов и потребителей их услуг позволяют построить модели взаимодействия адвокатов со своими клиентами. Такие модели составляют основу технологии прогнозирования судебного процесса на основе теории игр с использованием теории реального опциона для построения юридического робота.

Литература

1. Чеботарев Ю. Торговые роботы: переиграть всех // Валютный спекулянт. – 2004. – №5. – С. 30-33.
2. Белов Н.Н. II Международная научно-практическая конференция “Прикладные проблемы правоприменительной практики”, Магадан, 2010, // Советник юриста, 2010, № 5.
3. Белов Н.Н. Закон и суд в России // Международная научно-практическая конференция Права человека права народа в современном обществознании. – Пенза, 2009.
4. Козырев А.Н. Стенограмма круглого стола, Теоретические основы оценочной деятельности // г. Москва, ЦЭМИ РАН, 19-00, 22.04.2008 http://www.labrate.ru/20080422/stenogramma.htm
5. Цены и ценообразование: Учебник для вузов / Под ред. И.К. Салимжанова. – М.: ЗАО “Финстатинформ”, 2001. – 304 с.
6. Белов Н.Н. Компьютерная интуитивика в современном образовании. 2-я Научная конференция с международным участием. Современное образование – обществу XXI века. http://idiso.kspu.ru/conference/forum/.
7. Боков В.В., Буренина А.В., Воронова Т.А. и др. Внешнеэкономическая деятельность предприятия. Междунар. отношения. – М., 2001. – 544 с.
8. Ценообразование и рынок: Под ред. Е.И. Пунина и С.Б. Рычкова. — М.: Прогресс, 1992. – 320 с.
9. Слепов В.А., Николаева Т.Е. Ценообразование: Учебное пособие / Под ред. проф. В.А. Слепова. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2000. – 152 с.

Анотація

Бєлов М.М. **Оцінка професійних послуг адвоката.** – Стаття.

Доктрина, законодавство, способи втілення кримінально-правової політики провідних країн світу відводять адвокату одну з основних позицій в кримінальному процесі. Послуги адвоката можуть бути сплачені державою, а також зацікавленою особою. У даній статті розглядається складне питання про оплату послуг адвоката.

Ключові слова: адвокат, відповідальність, плата.

Summary

Belov N.N. **Estimation of professional advocate services.** – Article.

Doctrine, legislation, the criminal-law politics implementation methods allow the attorney to be the major participant in criminal process. The attorney's services may be paid for by the state, and also by the interested parties. This articles examines the complex issue of attorney's services payment.

Key words: attorney, responsibility, payment.

УДК 343.9.1

В.О. Глушков

УКРАЇНА: КОНФЛІКТОГЕННІ ФАКТОРИ В УМОВАХ СУЧАСНОГО СВІТОВОГО ПОРЯДКУ

Світовий порядок являє собою планетарну глобальну ієрархічну систему міжнародних зв'язків і відношень між державами або союзами держав, що одержала міжнародне-правове закріплення і має розподіл політичних ролей на планетарному або (і) регіональному рівнях. Сучасний світовий устрій являє собою багаторівневу взаємозалежну і взаємообумовлену ієрархічну структуру держав, що мають різний ступінь політичного значення: від глобального до регіонального. Новий Світовий Порядок являє собою есхатологичний, месіанський проект, в основі якого знаходитися ідея політико-економічного панування визначеної окультної верхівки фінансової олігархії, що спирається на ідеологічну і спекулятивно-лихварську революцію, що виникло в результаті цього нового мислення. Структура Нового Світового Порядку, на думку його творців, повинна базуватися на таких основних принципах, економічний, геополітичний, етнічний, релігійний, ідеологічний, юридичний і державний.

Суть політики Сполучених Штатів Америки перебуває у світовій гегемонії, проявом якої є знищення будь-якого геополітичного супротивника, а також незастосування принципу спільного існування з державами, що виступають проти американського панування. Основна мета американської зовнішньої політики залишається незмінною – це світове панування, глобальна "доктрина Монро". Якщо колись доктрина Монро на Західній півкулі означала: "Всю Західну півкулю – для США", то тепер глобальна доктрина Монро, по суті монополярного світового порядку, означає: "Весь світ – для Америки". В умовах Нового

© В.О. Глушков, 2010

світового порядку виникла нова геополітична категорія – "Золотий мільярд", суть якого зводиться до глобального умовного розподілу людства за геоекономічним критерієм на основі виділення двох груп населення землі – забезпеченої – "золотий мільярд" і іншої частини людства, яка забезпечує. Дана категорія безпосередньо пов'язана з такими геополітичними поняттями як "заможна Північ" і "бідний Південь".

Космополітизація людства – це одна з головних цілей Нового світового порядку. Сучасні розрахунки також свідчать, що для підтримання комфорту західного стандарту матеріальних і енергетичних ресурсів планети достатньо тільки для 1 мільярду ("золотого мільярду"), тобто однієї восьмої людства, іншим "вхід заборонено" та запропоновано знизити чисельність населення різними шляхами – від дешевих контрацептивних засобів, масової стерилізації, зростання злочинності, вільного обігу зброї, наркотиків, трансплантації, громадянських війн і конфліктів и тощо).

Закінчення холодної війни, руйнація біполярного світу, розвал Радянського Союзу, юридично закріпленого Біловезькими угодами, визначили структуру сучасної геополітичної ситуації планетарного масштабу. Прямим наслідком цих угод стало виникнення п'ятнадцятьох нових держав, скорочення європейської частини Росії до розмірів території XVII століття, що призвело до підриву економіки держав, що утворилися, підриву їхнього міжнародного престижу. Швидкий розвал євразійської держави, що протягом багатьох років забезпечувала стабільність у Європі і світі, має історичні корені, в основі яких знаходилося геополітичне протистояння не просто Східної і Західної Європи (Росії і Заходу), а двох різних цивілізацій. Історичне протистояння Росії і Заходу обумовлюється насамперед геополітичними (Суша-Море) і цивілізаційними (Слов'янсько-православна – Західна) чинниками. Для Заходу досягнення такої ситуації було метою довгострокової стратегії по знищенню основного геополітичного супротивника. Росія традиційно найбільш уразлива зсередини, духовні моменти її державного буття представляються надзвичайно значними. Вона не може існувати поза своєю особливої імперською сутністю, визначену географічним положенням (хартленд), історичним шляхом і державною долею. Під імперією в російському варіанті розуміється тип ідейно підкріпленого ідеократичного державного устрою народів у слов'яно-православному євразійському вимірі (а також деякою мірою іреократичності в історичному розумінні).

Сучасна ситуація характеризується претензіями США на світову гегемонію, які після розвалу Радянського Союзу відчули себе єдиною наддержавою і намагаються установити свій світовий порядок імперської спрямованості – "Pax Americana" – "третьою американською імперією з балканським кордоном". Важливим моментом у формуванні геополітики США є розробка основних напрямків на теоретичному рівні, а потім впровадження цих теоретико-політичних пропозицій у практичну геополітику. Така розробка здійснюється представниками різних політико-правових шкіл США, а також тіньових політичних структур. Так, зокрема, у 1885 році Стронгом була розроблена теорія "визначеної

долі", що обґрунтовує богообраність американців, головними представниками яких є англосакси. Автор теорії обґрунтовує доцільність втручання в справи інших народів нездатних вирішити проблеми політичної цивілізації. Становить інтерес розроблена Ф. Тернером "Теорія кордонів", у якій обґрунтовується необхідність здійснення експансії, від якої, на його думку, залежить збереження демократії, процвітання нації. Особливе місце в становленні військово-геополітичної доктрини США, заснованої на таласократичних принципах, займають праці адмірала А. Мехема, що обґрунтовує необхідність створення сильного військово-морського флоту для боротьби з великими державами за панування над світом. Інтерес до світового панування Сполучених Штатів, що продиктований суто геополітичними чинниками, обумовленими таласократичним критерієм, і те, що США є геополітичним центром, Новим Карфагеном, лідером Нової Атлантиди, в основі устремлінь яких знаходяться економічні і фінансові інтереси.

У даний час у західній політології існують декілька концептуальних геополітичних теорій устрою сучасного світового порядку. Однієї з найбільш поширених є концепція уніполярного світопорядку, що виступає теоретичним обґрунтуванням претензій на світову гегемонію при побудові однополярного світового порядку. Основне джерело конфліктної напруженості – різниця потенціалів між ядром і периферією, причому будь-який прояв незадоволеності в тій або іншій формі таким станом вважається заколотом із усіма негативними наслідками. Відповідно до теорії концентричної уніполярності, світ розглядається як "багатополярне утворення в рамках глобального уніполю". Америка займає головне збалансоване положення в рамках уніполя.

Відмінною рисою сучасної транзитивної монополярності є відсутність між центрами чітких конфронтаційних розмежувань. Держави можуть входити в різні в тому числі і конкуруючі утворення, у результаті чого можуть утвориться хиткі геополітичні структури, що призводять до складно прогнозованих криз. Якщо раніше створення різних геополітичних структур Римленда проти Хартленда (Росія) не досягало успіху, то в сучасних умовах значне послаблення Росії, виникнення і зміцнення потужної морської держави у вигляді США здійснюється потужне протистояння талассократичних і теллукратичних сил, з одного боку, США, а з іншій, розмитий теллурократичний простір без єдиного центру, що знаходиться в стадії організації (Китай, Росія), одержують поширення так звані плюралістичні геополітичні концепції.

США фактично вибудовують лінійну схему нового світового порядку, що має глобальну уніфікацію західних ліберальних цінностей. Однак претензії на уніполярність мають і негативні наслідки для американської держави. У сучасний період їх можливості все більше вступають у суперечність з імперськими бажаннями. Сьогодні США вже зіштовхнулися з таким гігантом, що зростає, як Китай. Вдало проведені реформи в Китаї здійснюються на гребені пасіонарності китайського етносу, що має значний людський потенціал і накопичений століттями досвід державного будівництва. Після приєднання Гонконгу на порядку денному приєднання Тайваню, після чого почнеться зближення

Китаю і Японії, що дасть можливість створити Великий геополітичний східний простір, де юань і ієна знищать долар

У Європі намічається зближення інтересів Німеччини і Франції. У найближчій перспективі європейське лідерство Німеччини стане більш вираженим. Об'єднана Європа по більшості показників буде перевершувати Америку. Важливе місце в цьому процесі може зайняти Росія, і від того, до якої структури вона приєднається, багато в чому залежить становлення тієї або протилежної сторони в біполярній системі побудови майбутнього світу. Таким чином, у сучасних реаліях фактично формується декілька центрів, із котрих два займуть головне місце. Якщо спробувати змоделювати геополітичну модель сучасного світу, то вона може виглядати в такий чином. На чолі цієї моделі лідируючий центр у особі США, а потім множина різних системоутворюючих центрів хиткої багатополярності, що тенденційно прагнуть сформувати систему біполярності.

Таким чином, із такого положення випливає другий напрямок у політичній теорії – концепція біполярного світоустрою. У ній умовно можна виділити два підходи – біполярність центрів сили і біполярність цивілізацій. Біполярність сили (США і Китай, США і Китай плюс Росія, Тихоокеанський союз проти Європейської коаліції і т.д.). Основне джерело виникнення напруженості і конфліктів – відцентрові устремління центрів сили при наявності геополітичних суперечностей між ними;

– біполярність цивілізації. У сучасних умовах однією з найбільш поширених концепцій є біполярна-цивілізаційна модель побудови світового співтовариства, основою якого є соціально-економічна, соціокультурна і геополітична складові. При такому протиставленні на полярні полюси – "Захід – Схід", "Хартленд-Римленд" "заможна Північ – бідний Південь", "світовий центр – світова периферія".

Спроба моделювання структури майбутнього біполярного світу дає можливість зобразити наступну структуру. На вершині світової ієрархії розташуються дві наддержави – США і Китай. Другу сходинку можуть зайняти Індія і Японія або на ній будуть знаходиться Німеччина, Росія, Індія, Індонезія, Японія, Бразилія, Великобританія, Франція. Німеччина, Росія, Бразилія, Франція, Великобританія і Індонезія, будучи лідерами відповідних регіонів, у цьому випадку стають великими державами регіонального рівня. Більш низький щабель можуть зайняти такі країни як Італія, Україна, Іран, Таїланд, Південна Корея, Мексика, Аргентина, Іспанія.

Третя концепція – це теорія багатополярного світу, у якій виділяється два підходи:

– багатополярність центрів сили. Головне джерело конфліктів – протиріччя між центрами сили, боротьба між ними за політичне панування і сфери впливу. Існує обґрунтована точка зору про те, що світ входить в епоху системних криз – системної кризи епохи, кризи європейської цивілізації. У недалекому майбутньому такий хід подій може спричинити конфлікт між Західної Європою і Східної Азією. Сучасна політична наука має у своєму розпорядженні значна кількість прямих і непрямих ознак перебування європейської цивілізації в

стадії занепаду, зокрема, війни і збройні конфлікти, розвал Радянського Союзу, розвиток аморальності, бездуховності і девіантних форм поведінки, у тому числі ріст фонових явищ, криміналізація населення і корумпованість державного апарату, транскультурація неєвропейських цивілізацій, поява нових захворювань тощо. Проблемою також стає злочинна діяльність мафіозних структур, тероризм, наркобізнес, масова нелегальна міграція населення, біженці з різних районів, що створюють сприятливе середовище для всякого роду конфліктів. Дестабілізують обстановку також неконтрольований технологічний розвиток, надвиробництво, тривале безробіття, забруднення навколишнього середовища, торгові війни, етнічні конфлікти, ріст маргіналізації, дика урбанізація, що посилює ускладнення суспільства, у якому збільшується нерівність у споживанні. Всі ці чинники будуть сприяти утечі від дійсності, наростанню актів протестів, вандалізму.

У сучасних умовах прискорення темпів еволюції світу вступає в протиріччя з консервативними державними механізмами. Якщо раніше держава була основним суб'єктом внутрішньої і зовнішньої діяльності, то сьогодні різко зросла роль недержавних суб'єктів. Наслідком ослаблення ролі держави стали такі негативні прояви, як ріст насильства, внутрішньодержавних і міждержавних конфліктів, що призводить до дестабілізації та військово-політичного протистояння.

Сполучені Штати Америки є в сьогоднішніх умовах єдиною супердержавою, що має панування в політичній, економічній і політичній сферах. Вони тримають під контролем основні регіони світу, забезпечують свою військову присутність у глобальному і регіональному масштабах, створюють вигідні їм уряди і структури, формують суспільну думку. Для досягнення своїх стратегічних завдань США формують центри сили в Європі, Азії й Америці, що повинні стати опорою для встановлення нового монополярного світового порядку. Такими є Німеччина в Західній Європі, Росія – у Східній, Японія і Китай в Азії. Крім того, здійснюється процес створення субрегіональних структур, зокрема, Балкансько-Ядранського союзу в складі Австрії, Угорщини, Італії і Югославії; Балтійської конфедерації країн, що об'єднує Фінляндію, Швецію, Литву й Естонію; військово-політичного союзу "НАТО-біс" за участю Угорщини, Польщі, Чехії, Словаччини, Естонії, Латвії і Литви; конфедерації Тиссо-Карпатського регіону, що включає Угорщину, Румунію, Чехію, Словаччину і Югославію.

Одним із зовнішньоекономічних чинників розвитку Східної Європи є ісламський ринок, що формується на чолі з Туреччиною. Чорноморський геополітичний простір у географічному і політико-системному вигляді представляє самостійну систему, що виступає як підсистема європейської системи міжнародних відносин. Росія, Туреччина й Україна в цих рамках беруть участь у формуванні структурних зв'язків, створюючи в ній доцентрово-силові відношення в даній системі. В 1992 р. президенти Азербайджану, Вірменії, Болгарії, Грузії, Молдови, Румунії, Туреччини, України і глави урядів Албанії, Греції і РФ у Стамбулі прийняли Босфорську заяву і підписали Декларацію про створення Організації Чорноморського Економічного Співробітництва.

У жовтні 1997 р. у Страсбурзі державами Чорноморського регіону було проголошене створення нового субрегіонального блока Чорноморського басейну – ГУАМ (Грузія – Україна – Азербайджан – Молдова), що являє собою угруповання країн на основі єдиних політичних і економічних чинників. Загальні економічні інтереси держав ГУАМ у більшому ступені сконцентровані навколо двох основних питань – прикаспійських енергоносіїв і розробки нового Транскавказького транзитного транспортного коридору з нафтогазових родовищ в Азербайджані, Туркменістані, Казахстані й Узбекистані через Кавказький регіон. У випадку створення такої транспортної комунікації Україна мала би шанс стати важливою ланкою економічної безпеки Європи. Другий напрямок співробітництва в рамках ГУАМ – створення системи безпеки і стабільності в даному регіоні.

Найбільш складною проблемою в геополітичному просторі України є Крим, якій знаходиться в конфліктонебезпечній точці. Тут перехрещуються ісламська, євразійська і європейська геополітичні формації. Частково носієм Європейської формації є Україна, Євразійської – Росія, ісламської Туреччина. Небезпека полягає в тому, що Крим є центром геополітичного протистояння України і Росії, Росії і Туреччини. У сучасному сівітопорядку Туреччина перестала бути буферною зоною. У світі – це новий силовий полюс, нова регіональна наддержава, котра всіма силами бореться за поширення свого впливу в Центральній Азії. Турецький націоналізм органічно доповнює ідеї панісламізму, ісламського космополітизму. Головним для цієї ідеологеми є релігійна приналежність. Іслам – це типово тоталітарна ідеологія. Ісламський чинник створює у світі дестабілізуючий вплив із боку таких держав, як Афганістан, Іран, Ірак, Кувейт, Ізраїль, Саудівська Аравія і Пакистан, а також ісламських країн Середземноморського басейну.

Дестабілізуючим чинником світових відносин є співвідношення країн Півночі і Півдня. Провідну роль грають держави, що мають важелі впливу на світову економіку, інші мають залежність від перших. З іншого боку, країни Півночі мають залежність від сировинних ресурсів країн Півдня. Все це не може не турбувати країни Півдня. Погрозою політичної стабільності у світі є зростаючий продаж зброї у країни, що розвиваються.

Розвиток політичних подій останніх років (розпад Югославії, СРСР, захоплення Іраку, визнання Косово і т.д.) дає підстави припустити, що протікання світової кризи буде важким для будь-якої цивілізації, держави і людства в цілому. Зсув центру світового розвитку в Тихоокеанський регіон буде супроводжуватися збройними конфліктами, економічними кризами.

– цивілізаційна багатополярність. Відповідно до концепції американського політолога С. Хантингтона, існує вісім цивілізацій: 1) західна, що включає Північну Америку і Західну Європу; 2) слов'яно-православна, 3) конфуціанська (китайська), 4) японська, 5) ісламська, 6) індуїстська, 7) латиноамериканська, 8) африканська. Автор вважає, що зіткнення цивілізацій буде домінувати в глобальній політиці. Всі цивілізації нерівнозначні, але вони єдині в тому, що вектор їхнього розвитку буде спрямований у протилежному від атлантизму і цивілізації Заходу напрямку.

Крім теорії уніполярності використовується її більш м'який варіант – регіоналізм, відповідно до якого світ є багатополюсним, структурованим навколо країни-лідера регіону. Роль третейського судді виконує в даній ситуації світовий. Для України різниця між "уніполярною" і "регіональною" моделями полягає в тому, у якій мірі признається гегемонія США і яка роль ними приділяється нам.

Нестабільність монополярної системи закладена й у політико-економічних умовах існування самих США. Основа американського високого рівня життя полягає в тому, що країна фактично живе з нетрудового національного доходу, одержуваного з джерел, пов'язаних із неадекватним надходженням прибутку в порівнянні з вкладеними затратами. Можуть виникнути проблеми національного характеру, коли "кольорове населення" досягне критичної точки, що покладе початок дезінтеграції країни за расовою і етнічною ознакою. Американський етнос перебуває в стадії занепаду.

В умовах становлення Нового Світового Порядку Україна стала відносно самостійною державою. Якщо українській економіці вдасться залишитися незалежною від постачань ззовні і якщо в українського керівництва стане політичної волі і державної мудрості, те перед країною відчиняється можливість однієї з перших ввійти в русло стійкого розвитку. Україна знаходиться в зоні політичних конфліктів, і в основі багатьох з них знаходяться саме геополітичні чинники. Геополітичні сили визначають наявність або відсутність, загострення інших конфліктних ситуацій – етнічних, політичних, конфесіональних, регіональних, є поштовхом до розвитку процесів регіоналізації і дезінтегрованості території України шляхом дестабілізації обстановки усередині країни.

Особливе конфліктогенне місце в Україні займають такі геополітичні чинники як Балто-Чорноморська смуга (вісь Європи) і Балкано-Кавказька дуга нестабільності. Балто-Чорноморський пояс або вісь Європи розділяє Європу на Західну і Східну, тим самим відмежовуючи слов'яно-православну цивілізацію від західної. Балто-Чорноморська смуга – це проект геополітичного утворення, що, із погляду його творців, повинне включати об'єднання держав Балтії (Литва, Латвія, Естонія), Польщі, України, Бєларусі, Угорщини, Чехії, Словаччини, Румунії, Молдови, основною ціллю існування якого є ізоляція Росії від Європи і залишення її один на один з ісламським світом. Цей союз повинен являти собою політико-економічне утворення, що фактично ставить під контроль комунікації Росії з Європою.

За визначенням засновників геополітики, Україна відноситься до країн Балто-Чорноморського поясу ("вісі Європи"), від яких багато в чому залежить стабільність всієї Євроатлантичної системи. Вони сьогодні фактично визначають і будуть визначати стан і структуру європейської безпеки на десятиліття вперед. Україна – ключова ланка Балто-Чорноморської смуги. Проте географічне становище України на крайньому східному фланзі євроатлантичної цивілізації має не тільки плюси, а і мінуси. З одного боку, Україна має всі підстави вважатися наріжним каменем системи європейської безпеки. Тому керівники західних військових відомств не випадково наголошують на бажаності розширення НАТО

до східних меж України. З іншого боку, існує реальна небезпека перетворення України в "сіру зону" між НАТО і РФ. Геополітична самостійність країн, що входять у санітарний кордон, фактично неможлива в зв'язку з тим, що вони змушені шукати підтримки на стороні в конкретної геополітичної сили, яка буде визначальною для їх політики. Країни санітарного кордону самі найчастіше є причинами різних геополітичних конфліктів. Перспектива санітарного кордону для України дуже очевидна. Його геополітична формула – "ні Середня Європа, ні Євразія".

Претенденти на члени нового "санітарного кордону" такі – прибалтійські народи (литовці, латиші, естонці), Польща (включаючи Західну Пруссію), Білорусія, Україна (особливо Західна – уніато-католицька), Угорщина, Румунія (також під впливом уніатів), Чехія і Словаччина, при цьому видно, що майже скрізь мова йде про католицький сектор, що належав традиційно до зони впливу Заходу. Ці держави мають сенс тільки як стратегічні зони, штучно підтримувані атлантизмом. У них існують чинники, що прив'язують їх до Євразії (православ'я, усвідомлення слов'янської єдності, наявність російського населення, історична близькість і т.д.), але є і протилежні чинники, що зближують їх із Заходом (католицтво, уніатство, етнічне розходження, політичні традиції суверенітету тощо).

Завдання Євразії в тому, щоб цього кордону не існувало. Тільки відсутність "санітарного кордону" може зробити ці загально євразійське відносини нормальними, перетворити простір від "Дубліна до Владивостока" у зону щирої євразійської кооперації, співробітництва і стратегічного партнерства. На початку нового тисячоліття в наукових і політичних колах Росії або США немає розходжень щодо визначення важливості геополітичного положення України. Американські стратеги вважають, що узяті окремо Україна і Росія – індустріальні держави середнього масштабу. Разом вони можуть утворити таку критичну масу, що негайно стає домінуючою в Східній і Центральній Європі. Ключем до ефективної політики США у відношенні Росії повинна бути Україна. Незалежна Україна змінює розстановку сил у Східній Європі, впливає на глобальний баланс сил. Геополітика Заходу і центр цієї геополітики – "українське питання" вимагає негайної відповідної реакції Росії згідно з її геостратегічними імперативами. Терміновість реакції означає створення нової України, що відповідала б природної геополітичної моделі. Це значить, що подальше існування України в її нинішніх межах-проблематично.

У результаті перерозподілу в 1991 р. у межах України виявилося дві групи населення, геополитично протилежної орієнтації, водорозділом між якими виявилася культурно-конфессіональна межа. Тепер основна політична проблема це протистояння між євразійським началом російської України і проатлантистским напрямком у її зовнішній і внутрішній політиці, яку підтримують насамперед її західні області. Україна – біполярна країна, полюсами якої є Галичина (Львівська, Івано-Франківська, Тернопільська області) і Донбас із Кримом.

Україна – це особлива сфера інтересів Росії. Агресія в східноєвропейському напрямку стає неминучою. З огляду на, що сила є динамічним і відносним

чинником, що змінюється в кількісних і якісному, відносному й абсолютному показниках, складається з різноманітних елементів, було б недалекоглядним екстраполювати майбутнє Росії, виходячи з її нинішнього положення. Слід враховувати і очевидні ознаки відродження російської могутності. Стабілізувавши обстановку на Півдні Росії, Кавказі вектор тиску в найближчому майбутньому буде спрямований на Україну.

Крим – це історична батьківщина не тільки кримських татар. Тому створення власної держави без врахування інтересів інших національних співтовариств, прискорення цього процесу, тим більше силовими методами веде до явного протистояння й у цілому до етнополітичного конфлікту, тим більше, що надто велика геополітична вага Криму як для України, так і для Росії, і Туреччини. Складність соціально-економічної ситуації в середовищі кримських татар, цілий комплекс історичних чинників необхідні і достатні умови, що породжують ісламський фундаменталізм, який може стати стягом боротьби кримських татар проти України за національну незалежність.

Історично Росія увесь час намагалася вийти до морських рубежів, до відкритих морських просторів, що геополітично пояснюється як прагнення Хартленда (серединної землі) підкорити Рімланд (окраїнні землі). Крим для Росії – це ключ до вирішення більш складної геополітичної проблеми – виходу до Середземного моря й у відкритий океан. Босфор і Дарданелли – це замок. Витиснення Росії з Криму, втрата цього геостратегічного центру Чорного моря приведе до її геополітичної морської ізоляції на південних рубежах, до відступу всередину континенту, до геостратегічного ослаблення.

У аспекті взаємовідносин Україна – Росія саме в Криму найбільш сильні позиції Росії. Найбільш вигідний варіант використання цього регіону для геополітичного підпорядкування України. Крим – це можливий психологічний і силовий важіль тиску. Він є складовою частиною такого геополітичного утворення як Балкано-Кавказька дуга нестабільності, складного геополітичного вузла сучасності, що історично створився в результаті протилежних політичних устремлінь різноманітних світових геополітичних утворень і військових дій, що відбуваються на території колишньої Югославії, Республіки Ічкерія і Південної Осетії та Абхазії. У цьому регіоні порушені інтереси багатьох держав світу, що сприяло реальній можливості виникнення Балкано-Кавказької (Балкано-Чеченської) дуги нестабільності, краї якої торкаються Балканського півострова і Північного Кавказу, а вістрям вона упирається в Кримський півострів.

Існування України в особливій системі геополітичних координат, стратегічність її положення визначає можливість загострення і подальшого розвитку цілого ряду конфліктів. Територіальні, етнополітичні, конфесіональні протиріччя можуть трансформуватися у відкриту боротьбу з використанням насильства і терору. Існування трьох геополітичних просторів на території України, створюють ситуацію “розірваності” держави, що може стати причиною її фрагментації, значного ослаблення, або геостратегічного переорієнтування. Надто привабливим є саме такий варіант для деяких країн, що переслідують свої геополітичні цілі.

Анотація

Глушков В.О. **Україна: конфліктогенні фактори в умовах сучасного світового порядку.** – Стаття.

В даній статті автор аналізує концепції устрою сучасного світового порядку, та влив дії цих концепцій на сучасні держави. Перша концепція – уніполярного світо порядку, друга – біполярного світоустрою, та третя – біполярність цивілізації.

Ключові слова: Кримінальна політика, світовий порядок.

Summary

Glushkov V.O. **Ukraine: conflict factors in the conditions of order of modern world.** – Article.

In this article the author analyzes concepts of the device of a modern world order, and influence of action of these concepts on the modern states. The first concept is the unipolar world order, the second is a bipolar world order, and the third – a civilisation's bipolarity.

Key words: criminal responsibility, world order.

УДК 343.2/7(477):341.3

О.М. Броневицька

ВРАХУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Забезпечення інтересів захисту жертв збройних конфліктів вимагає не лише проголошення принципів гуманності і прийняття на їх основі домовленостей про норми поведінки воюючих сторін, але і створення дієвого та ефективного механізму їх імплементації.

Термін "імплементація" ("implementation" – англ.), який перекладається як "виконання", "застосування" є порівняно новим для норм міжнародного гуманітарного права, оскільки не використовується в жодному договорі з гуманітарного права [3, с. 188], незважаючи на те, його широке застосування в працях різних авторів [1, с. 5; 2, с. 51]. За своїм змістом імплементація фактично охоплює весь комплекс засобів, пов'язаних з практичною реалізацією зобов'язань, прийнятих державами при підписанні, приєднанні чи ратифікації конвенцій, таких, наприклад, як прийняття внутрішніх законодавчих актів, наказів, інструкцій, постанов.

Держава, яка гримає на себе зобов'язання за міжнародним договором, повинна прийняти необхідні міри для забезпечення виконання своїх зобов'язань в межах своєї юрисдикції. Це випливає зі ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р., відповідно до якої "кожен діючий договір є обов'язковим для його сторін і повинен ними добросовісно виконуватись" і ст. 27 "сторона не може посилатися на положення свого внутрішнього права як виправдання невиконання умов договору" [8, с. 1013].

Визнаючи важливість створення дієвого механізму реалізації норм гуманітарного права, учасники Женевських конвенцій про захист жертв війни прийняли

© О.М. Броневицька, 2010

на себе зобов'язання "внести зміни до законодавства, необхідні для забезпечення ефективних кримінальних покарань для осіб, які вчинили чи наказали вчинити ті чи інші вагомі порушення цієї Конвенції....".

В кожній з Женевських конвенцій наводиться конкретний перелік таких "вагомих порушень", для запобігання яких сторони, як мінімум, повинні були включити в своє національне законодавство відповідні правові норми. Ці переліки містять як загальні положення для всіх категорій жертв війни, так і деякі особливі положення для окремих категорій осіб, що знаходяться під захистом конвенцій.

Загальними "вагомими порушеннями" для всіх категорій осіб є: "умисне вбивство, катування і нелюдське ставлення, включаючи біологічні досліди, умисне нанесення тяжких тілесних ушкоджень чи серйозної травми, нанесення шкоди здоров'ю, незаконне масове знищення чи присвоєння майна, яке не викликане військовою необхідністю" [5]. Що стосується військовополонених, то до категорії "вагомих порушень" віднесено "примушування військовополоненого нести службу у збройних силах неприятельської держави або позбавлення його прав на неупереджене і нормальне судочинство" (ст. 130 III Конвенції), а стосовно цивільного населення "незаконна депортація, переміщення і арешт особи, примушування нести службу у збройних силах неприятельської держави чи позбавлення його права на неупереджене та нормальне судочинство,... захоплення заручників" (ст. 147 IV Конвенції).

Питання в тому, які саме конкретні засоби повинні бути вжиті державою з метою забезпечення виконання своїх зобов'язань за міжнародними договорами залежить перш за все від того, які процедури передбачені конституцією та внутрішнім законодавством стосовно застосування норм міжнародного права на території даної держави. Ні Віденська конвенція про право міжнародних договорів, ні інші міжнародні договори не містять жодних конкретних положень стосовно способів реалізації міжнародних зобов'язань. Тому, перш за все, звертаємося до положень Конституції України. Так, ст. 9 вказує, що "чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України". Відповідно, п. 7 ст. 9 Закону України "Про міжнародні договори України" вказує "якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом з проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно"[6].

Власне, внесення відповідних положень до кримінально-правового законодавства може гарантувати найвищу ступінь ефективності застосування міжнародно-правових норм, оскільки лише Кримінальний кодекс передбачає реальні санкції стосовно осіб, які порушують його норми. Питання практичного застосування конвенцій і протоколів неодноразово висувались представниками Червоного Хреста, внаслідок чого була прийнята резолюція "Національні засоби імплементації міжнародного гуманітарного права" на конференції в Женеві, жовтень 1986 р. [4, с. 121], де, властиво, і висловлена рекомендація державам-

учасникам Женевських конвенцій передбачити відповідальність за ці злочини у національних законодавчих актах.

Якщо зіставити положення Женевських конвенцій та Додаткових протоколів до них, які складають їх невід'ємну частину, то побачимо, що не всі норми Конвенцій імплементовані до діючого Кримінального кодексу України. Для зручності відповідні положення викладено у формі таблиці.

Порівняльна таблиця норм Женевських конвенцій та КК України

№	Назва Конвенції та дата її прийняття	Зобов'язання, яке втілене в кримінальному законодавстві Україна	Стаття Кримінального кодексу України
1.	Женевські конвенції про захист жертв війни 1949 р.	– посягання на життя, фізичну недоторканість, в тому числі різного роду вбивства, поранення, жорстоке поводження, катування, мордування	ст.ст. 115, 121, 122, 126, 127 КК України, ст. 438 КК України
		– захоплення заручників	ст. 147 КК України
		– незаконне у великих масштабах знищення чи привласнення майна, яке не викликане військовою необхідністю (ст.ст. 432, 433 КК України)	ст.432, 433 КК України
2.	Додаткові протоколи до Женевських конвенцій (1949 р., 1977 р., 2005 р.):	– незаконне використання символіки Червоного Хреста та Червоного Півмісяця (ст.ст. 435, 445 КК України)	ст.ст. 435, 445 КК України

З вищенаведеного ми бачимо, що частина норм Женевських конвенцій та Додаткових протоколів знайшли своє відображення в КК України. Решта злочинних діянь прямо не криміналізовано. Проте КК України в ч. 1 ст. 438 передбачає поряд із чітко регламентованими діяннями відповідальність за "інші порушення законів і звичаїв ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України". Це свідчить про те, що незважаючи на відсутність конкретизації всіх положень Конвенцій та Протоколів до них у КК України, осіб, винних у вчиненні даних злочинів можна притягнути до відповідальності, враховуючи банкетну відсилку диспозиції ст. 438 КК України. Вважаємо такий підхід законодавця слушним, оскільки немає потреби в конкретизованому переліку всіх злочинних діянь, які передбачені міжнародними конвенціями, тим паче, що багато злочинів, названих у Женевських конвенціях, передбачені не лише в розділі XX КК України, але і в інших розділах чинного вітчизняного кримінального законодавства. Однак, слід зазначити, що диспозиція статті 438 КК України є дещо неконкретизована

і це стосується того, що в статті є відсилка до "міжнародних договорів", але немає вказівки, яких саме договорів, тому слід чітко вказати в диспозиції статті про відсилку до Женевських конвенцій та Додаткових протоколів до них, щоб не виникло плутанини, які ж саме міжнародні конвенції слід застосовувати в даному випадку. Ми торкнулися власне цього питання через те, що, порівняно з чотирма Женевськими конвенціями та Додатковими протоколами до них, поки що не ратифікований Україною Статут Міжнародного Кримінального Суду розширює список порушень міжнародного гуманітарного права, вчинених у міжнародних конфліктах та закріплює порушення, пов'язані з використанням заборонених засобів і методів ведення війни, тобто порушення "права Гааги" [7, с. 150]. Тому приєднання до Статуту МКС деякі держави використали як привід для удосконалення національного законодавства через врахування останніх змін у сфері міжнародного гуманітарного права. У рамках імплементації Статуту МКС, держави, які вже внесли необхідні зміни до національного законодавства відповідно до Женевських конвенцій та інших джерел міжнародного гуманітарного права, мають можливість переглянути та модернізувати своє національне законодавство, що передбачає кримінальну відповідальність за порушення міжнародного гуманітарного права.

Література

1. Andrassy J. Implementation of Geneva Conventions of 1949 in the Yugoslav penal code. – Belgrade, 1956. – 15 p.
2. Draper G.I.A.D. Implementation of International Law in Armed Conflicts// International Affairs (London). – 1972. – Vol. 48. – P. 46-59.
3. Index of International Humanitarian Law. – Geneva, 1987. – 347 p.
4. International Review of the Red Cross. – 1988. – #263. – 236 p.
5. Женевські конвенції про захист жертв війни від 12 серпня 1949 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon1. rada. gov.ua/ cgibin/laws/ main.cgi?page =13&user =1265146733757228.
6. Закон України "Про міжнародні договори України" [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.
7. Кучевська С. Проблеми гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність та Статуту Міжнародного Кримінального Суду. Дисс ...канд.юрид.наук. Львів, 2009. – 331 с.
8. Збірник міжнародних договорів України про правову допомогу в кримінальних справах. Багатосторонні договори. Видання друге, доповнене. – К., 2009. – 1080 с.

Анотація

Броневицька О.М. **Врахування положень міжнародного гуманітарного права у кримінальному законодавстві України.** – Стаття.

Обговорюються проблемні питання відповідності кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам у сфері гуманітарного права. Наводяться деякі пропозиції щодо вдосконалення Кримінального кодексу України.

Ключові слова: імплементація, конвенція, злочин, гуманітарне міжнародне право.

Summary

Bronevickaya O.M. **An account of positions of international humanitarian law in the criminal legislation of Ukraine.** – Article.

Disputable issues of correspondence of criminal legislation of Ukraine to the valid international treaties in the sphere of humanitarian law are discussed. Some suggestions in relation to perfection of the Criminal code of Ukraine are pointed out.

Key words: implementation, convention, crime, humanitarian international law.

УДК 343.9.1

А.О. Купріянов

ВИКОРИСТАННЯ ТА УЧАСТЬ НАЙМАНЦІВ У ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТАХ ЧИ ДІЯХ

Протягом усієї світової історії різні держави використовували для ведення війн найманців. У середні віки англійські королі першими ввели систему податків за звільнення від військової служби, що йшли на утримання найманців. У XVII–XVIII ст. найманство було широко розповсюджене в Європі. У Швейцарії деякі кантони за плату надавали наймачам свої кантональні армії. Та вже у XIX ст., з появою поняття національного суверенітету і нейтралітету, європейські держави приймають закони, що забороняють їхнім громадянам вербуватися в іноземні армії. Нормою стає національна армія.

У 80–90-ті роки XX ст. найманці з США, Великобританії, Франції й Ізраїлю брали участь у державних переворотах і громадянських конфліктах в Африці, Центральній Америці та на Близькому Сході. Тут чітко визначилась характерна особливість: найманців використовували окремі клани чи компанії для захисту власних економічних інтересів. Так, у Колумбії наркобарони наймали “солдатів удачі” для забезпечення торгівлі “зіллям”, а “Брітіш Петролеум” платила колумбійським військовим за захист свого майна від нападів партизанів. У Ліберії іноземні корпорації створювали озброєні загони, що забезпечували охорону видобутку корисних копалин.

У різних державах існують різні визначення найманства, але загальними є три: найманці не є громадянами країни, на території якої беруть участь у бойових діях, не інтегровані (надовго) у національні збройні сили, не користуються підтримкою свого уряду.

Використання найманця у військових конфліктах чи діях є самостійним діянням, що альтернативно утворює об’єктивну сторону складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 447 Кримінального кодексу України.

“Використовувати” означає скористатися ким-небудь, чим-небудь; вжити з користю, тобто з вигодою, в інтересах кого-небудь, відповідно до будь-яких вигод.

Отже, особа, що використовує найманців, чинить дії по досягненню своїх цілей, своїх власних вигод різного характеру, але досягнення таких цілей

© А.О. Купріянов, 2010

ставиться в залежність від участі найманця у військових конфліктах чи діях. Отже, використання найманця означає особисту участь останнього у військовому конфлікті чи дії, тобто безпосереднє залучення найманця до бойових операцій, як у районі бойових дій, так і за його межами.

Найманець переслідує основну мету – матеріальне збагачення. Особу, що використовує найманця, переслідують різноманітні цілі, для досягнення яких необхідна участь найманця у військовому конфлікті чи діях. Ця участь відбувається цілеспрямовано за наказом (розпорядженням) сторони, яка наймає.

У випадку, якщо особа, що використовує найманця, ставить йому бойову задачу, що є правомірним з погляду законів і звичаїв війни, вона підлягає відповідальності тільки за використання найманця в збройному конфлікті або військових діях. У випадку використання найманця у військових діях, що не є збройним конфліктом, особа, що використовує найманця, підлягає відповідальності за сукупністю використання найманця і злочину, вчинення якого було доручено найманцеві для виконання бойового завдання.

Під військовими конфліктами тут слід розуміти ведення військових дій на який будь-якій частині чужої території, у тому числі й на державного кордону, з метою вирішення окремого питання зовнішньої політики за допомогою військової сили. Диспозиція ст. 447 Кримінального кодексу України припускає, що до військових дій можуть бути віднесені "спільні насильницькі дії" у змісті ст. 1 Міжнародної конвенції про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців, а також нападу збройних груп, що включають найманців, з території однієї держави на територію іншої держави без стану збройного конфлікту.

Об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України, утворює дія, яка визначається законом як участь найманця в збройних конфліктах. Очевидно, що участь найманця означає прийняття їм особистої участі у збройному зіткненні на боці будь-якого учасника конфлікту.

Найманець, будучи збройною особою, повинен у такому зіткненні використовувати зброю за її функціональним призначенням. Озброєність треба розуміти як володіння найманцем зброєю у власному змісті цього слова, боєприпасами, а також вибуховими речовинами і вибуховими пристроями.

Під зброєю розуміються пристрої і предмети, конструктивно призначені для поразки живої або іншої цілі, а також основні частини зброї, що визначають її функціональне призначення. Під бойовими припасами розуміються предмети озброєння і спорядження, що метається, призначені для враження цілі та ін. Участь найманця в збройному конфлікті або військових діях має на увазі цільове використання будь-якого виду зброї, боєприпасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв.

Здійснення найманцем інших злочинів при його участі у збройному конфлікті або воєнних діях не охоплюється об'єктивною стороною складу даного злочину і вимагає додаткової кваліфікації за відповідними статтями Кримінального кодексу України.

У ряді випадків найманець, беручи участь спочатку у воєнних діях (наприклад, у збройному заколоті), в подальшому, внаслідок переростання їх у збройний конфлікт, бере участь у збройному конфлікті.

Тут дискусійним є визначення сутності таких понять як "оплачувана участь у збройному конфлікті або військових діях" і "участь найманця в збройному конфлікті або військових діях". Такі поняття вживаються деякими авторами, наприклад Н.Ф. Кузнецовою, як тотожні. Але, на мій погляд, вони за своїм змістом та сутністю такими не є.

Найманець може брати участь у збройному конфлікті індивідуально, у складі групи найманців (найманського військового формування), у складі підрозділу, що включає як найманців, так і ненайманців. Включення найманця до складу збройних сил сторони збройного конфлікту виключає його відповідальність за ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України тому.

Участь найманця у збройному конфлікті може бути як триваючим злочином (особа може брати участь у збройному конфлікті на протязі тривалого часу), так і однократним (наприклад, особа може бути завербована для проведення однієї розвідувальної або диверсійно-терористичної операції). Тривалість участі найманця в збройному конфлікті не впливає на кваліфікацію його діяння за ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України.

Хоча участь найманця виражається, насамперед, в особистій участі у бойових діях, на даний час актуальним є питання і про кримінально-правову оцінку дій осіб, яким притаманні ознаки найманця за міжнародним правом і кримінальному праву, які не приймають безпосередньо участь, зі зброєю в руках у бойових діях, у тому числі тих, хто задіяний у штабній роботі, забезпеченні бойових підрозділів зброєю, боєприпасами, амуніцією, іншими засобами ведення війни, у тиловій службі, у навчанні осіб, що входять до складу збройних формувань сторони збройного конфлікту, а також здійснюють розвідувальну діяльність.

Так, наприклад, у лютому 2000 р. суд м. Калькутти (Індія) засудив до довічного позбавлення волі п'ятьох російських громадян. Встановлено, що вночі 17 грудня 1995 року екіпаж літака АН-26 здійснив перекидання партії зброї сепаратистам у штаті Зах. Бенгалія. Відповідно до норм кримінального закону Росії вчинене не містить складу злочину, передбаченого ст. 359 КК Російської Федерації, оскільки російські громадяни не мали контакту зі стороною збройного конфлікту. Однак, вчинене представляє собою модель участі найманця в збройному конфлікті – забезпеченні бойових підрозділів.

Важливим є і питання про кримінально-правову оцінку діяльності військових фахівців, що здійснюють обслуговування військової техніки й озброєння в зоні збройних конфліктів на території іноземних держав, що одержують винагороду від сторони збройного конфлікту, що не відносяться до категорії осіб, надісланих державою, що не є стороною збройного конфлікту, для виконання офіційних обов'язків.

Такі діяння також варто кваліфікувати за ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України. Склад участі найманця у збройному конфлікті є закінченим з моменту прибуття найманця в район використання і надходження в бойовий підрозділ,

а для осіб, що діють індивідуально або в складі розвідувально-диверсійних груп – з моменту фактичного початку виконання отриманого завдання на збір інформації, здійснення диверсії або акта тероризму.

Готування до участі найманця у збройному конфлікті може укладатися в підшуканні вербувальника найманців, укладанні з ним договору в будь-якій формі про участь завербованої особи у збройному конфлікті як найманця, у змові з іншою особою про спільне здійснення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України, змові на проходження військового навчання з метою наступної участі у збройному конфлікті або воєнних діях як найманця, у проходженні їм такого навчання, у виїзді за межі України або в'їзді в Україну або іноземну державу, де передбачається участь у збройному конфлікті або воєнних діях.

Кваліфікація вчиненого, як закінченої участі найманця у збройному конфлікті можлива лише у випадку, якщо найманець вчиняє діяння, об'єктивно спрямоване на досягнення стороною, на користь якої він бореться, цілей збройного конфлікту. У випадку, якщо найманець чинить діяння, об'єктивно не пов'язане з досягненням стороною збройного конфлікту її цілей, думаючи, що бере участь у збройному конфлікті, вчинене варто кваліфікувати за ст.15 і ч. 2 ст.447 Кримінального кодексу України (замах на участь найманця в збройному конфлікті).

Слід зазначити, що здійснення найманцем інших злочинів за його участю у збройному конфлікті, не охоплюється об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України. Відповідно, здійснення найманцем будь-якого іншого злочину вимагає додаткової кваліфікації за відповідними статтями Кримінального кодексу України. Це відноситься не тільки до вбивств, розбоїв і інших "супутніх" найманству злочинам, але і до незаконного обігу зброї, боєприпасів, вибухових речовин і вибухових пристроїв.

У випадку участі найманця у воєнних діях, що не є збройним конфліктом, в тому числі у збройному заколоті, насильницькому захопленні влади або насильницькому утриманні влади, дії найманця підлягають кваліфікації за сукупності злочинів. Якщо найманець, що бере участь у збройному конфлікті на території України, чинить шпигунство проти України, воно підлягає відповідальності за сукупністю злочинів, передбачених ст. 114 і ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України, а діяння, вчинені в ході виконання бойового завдання і визнані правомірними, з погляду законів і звичаїв війни, поглинаються складом участі у збройному конфлікті.

У випадку, якщо найманець входить до складу збройного формування, не передбаченого національним законодавством, або здійснює керівництво таким формуванням, він підлягає відповідальності по сукупності злочинів, передбачених ст. 260 і ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України.

Ст. 33 Кримінального кодексу України допускає сукупність злочинів, передбачених різними частинами однієї статті Кримінального кодексу України, у тому числі сукупність участі найманця у збройному конфлікті (ч. 2 ст. 447 КК України) і організаційної діяльності найманства (ч.1 ст. 447 Кримінального кодексу України).

Найманське військове формування, тобто військове формування, до складу якого входять найманці, є злочинним співтовариством першого виду, тобто являє собою стійку організовану групу, створену для здійснення тяжких злочинів (ч. 4 ст. 28 Кримінального кодексу України). Участь найманця в збройному конфлікті є тяжким злочином, тому що ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, а ознаки організованості і згуртованості випливають з визначення військового (збройного) формування.

Не підлягає кваліфікації за ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України проходження військової служби в збройних силах держави. Так, наприклад, особи з числа громадян України, що проходять службу у Французькому іноземному легіоні, не підлягають відповідальності за ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України, оскільки Легіон входить до складу збройних сил Французької Республіки. Також не містить складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 Кримінального кодексу України, участь особи за плату в збройному формуванні, не пов'язана з участю у збройному конфлікті.

Численні прояви діяльності найманців сьогодні змушують задуматися над питанням про іноземне громадянство, яке до сьогодні було одним з елементів, що відрізняють і визначають найманця. Фактично іноземна держава може користуватися послугами громадян країни, на яку вона збирається напасти з метою нанесення їй більшого збитку. Сучасні міжнародні документи не завжди дозволяють кваліфікувати подібні випадки як використання найманця.

З вищевикладеного випливає, що у випадку наявності пробілів у законодавстві або ж виникнення ситуацій, коли їх застосування стає неможливим для цілей офіційної кваліфікації злочинця як найманця, представляється неправомірним надмірне обмежувальне тлумачення діючих норм або ж використання їх як підстави для виправдовування вербування, використання найманців та їх участі у збройних конфліктах.

Література

1. Конституція України 1996 року
2. Декларация ООН о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 9 декабря 1975 года // Сборник стандартов Организации Объединенных Наций в области предупреждения преступности и уголовного правосудия: Официальное издание ООН. – Нью-Йорк, 1992.
3. Дополнительный Протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов от 8 июня 1977 года // Документы ООН. A/32/144.
4. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года // Российская газета. – 1995, 5 апреля.
5. Конвенция о запрещении вербовки, использования, финансирования и обучения наемников 1989года // Действующее международное право. Т. 2. – М., 1997.
6. Конвенция о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества от 26 ноября 1968 года // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1971. – № 2. . – Ст. 18.
7. Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 года // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1987. – № 45. – Ст. 747.
8. Науково-практичний коментар до кримінального кодексу України. Київ, 2001. в 2 т.

9. Уголовный кодекс Российской Федерации от13 июня 1996 года // Собрание Законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

Анотація

Купріянов А.О. **Використання та участь найманців у збройних конфліктах чи діях.** – Стаття.

Численні прояви діяльності найманців сьогодні змушують задуматися над питанням про іноземне громадянство, яке до сьогодні було одним з елементів, що відрізняють і визначають найманця. Фактично сучасні міжнародні документи не завжди дозволяють кваліфікувати подібні випадки як використання найманця.

Ключові слова: найманство, відповідальність.

Summary

Kypriyanov A.O. **Using and participation of hirelings in the armed conflicts or actions.** – Articles.

Today numerous displays of activity of mercenaries force to think about question of foreign citizenship which was one of the elements which distinguishes and defines the mercenary. Actually modern international documents not always allow to qualify similar cases as use of the mercenary.

Key words: responsibility, mercenaryism.

УДК 343.9.1

В.Н. Дрёмин

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ПРЕСТУПНОСТИ

В последние годы институциональная методология изучения общества и преступности получает все большее распространение. В России институциональный подход к исследованию криминальной действительности применяют Ю.В. Андриенко, П.А. Бараева, С.Ю. Барсукова, В.В. Волков, Л.В. Гевелинг, Г.И. Гилинский, С.П. Глинкина, А.И. Гуров, Т.Г. Долгопятова, В.М. Есипов, В.О. Исправников, В.В. Колесников, А.А. Крылов, Т.И. Корягина, И.М. Клямкин, Л.Я. Косалс, В.Д. Ларичев, Ю.В. Латов, В.С. Овчинский, А.Н. Олейник, О.В. Осипенко, В.В. Радаев, Р.И. Рывкина, Г.А. Сатаров, Л.М. Тимофеев, В.М. Полтерович, В.Л. Тамбовцев и многие другие известные ученые.

В Украине институциональная теория в криминологических исследованиях фактически не используется. Термины “институционализация” и “институты” чаще всего применяется в контексте характеристики определенного научного направления (С.А. Гриценко, О.М. Джужа, В.В. Василевич, А.В. Кирилюк, В.М. Попович, И.П. Рущенко, В.А. Туляков). Вместе с тем есть основания считать, что количественные и качественные характеристики преступности требуют поиска новых подходов к её изучению и предупреждению, к числу которых следует отнести институциональную методологию изучения общества и социальных процессов.

© В.Н. Дрёмин, 2010

Преступность как сложнейший социальный феномен не могла оставаться вне институциональных исследований. Со времен Э. Дюркгейма и Р. Мертона анализ девиантного поведения, в той или иной мере, предполагает изучение социальных институтов. В советской социологической литературе до начала 70-х годов XX столетия термин "социальный институт" практически отсутствовал, а институциональный анализ относили к прерогативам буржуазной методологии. Во второй половине двадцатого века советские ученые стали использовать институциональный анализ при изучении экономики, науки, культуры. Но лишь в 90-е годы российские и отечественные социологи стали широко обсуждать проблемы формирования неправовых практик и их трансформацию в устойчивые социальные институты [1]. В украинской криминологии общетеоретические институциональные исследования преступности отсутствуют, хотя необходимость разработки такого подхода очевидна.

Нельзя не заметить, что в условиях социальной и политической нестабильности в Украине, "транзитивности" украинского общества, искусственная деинституционализация стала основной целью многих псевдореформаторских изменений. Большая часть населения в короткое время оказалось в деклассированном, а фактически маргинальном положении, что не могло не отразиться на криминальной ситуации в стране.

Некоторые исследователи отмечают, что стремительный рост преступности в последнее десятилетие XX века во многом обусловлен неправильной стратегией реформ, в том числе в правовой сфере. Известный российский социолог М.А. Шабанова подчеркивает, что процесс изменения базовых институтов российского общества начался с провозглашения властью новых экономических и политических прав. Причем многие из этих прав были не только провозглашены, но к настоящему времени стали неотъемлемым элементом современной институциональной системы общества. Парадокс заключается в том, отмечает М.А. Шабанова, что "внедрение новых прав осуществлялось чаще всего в неправовом социальном пространстве, которое за годы реформ настолько расширилось, что для большинства населения стало более реальным, чем правовое" [2]. Наблюдение, заслуживающее глубокого криминологического изучения, так именно неправовое пространство является своего рода пусковым механизмом институционализации криминальных практик.

Тесная связь преступных проявлений с социальными изменениями показывает, что преступность следует рассматривать как разновидность предметной деятельности, массовой практики людей, проявляющейся в преступном поведении. Данный вид социальной практики, исходя из содержания, направленности и социально-правовой оценки, может быть назван криминальной практикой, которая, в свою очередь, формирует особый вид активности человека – криминальную активность. Криминальная активность, реализующаяся в преступном поведении, имеет системный характер, так как внутреннее структурирована, её разновидности тесно связаны между собой и с иными видами человеческой практики, в том числе и социально-позитивными. Криминальная активность – обобщающая характеристика криминальных практик [3].

Глобализация преступности, изменение её качественных и количественных параметров, высокий уровень латентной преступности, дают основание говорить о том, что в настоящее время происходит формирование отдельных видов криминальных практик как социальных институтов. О том, что криминальные практики приобретают характер самостоятельных, выполняющих специфические функции социальных институтов, свидетельствует не только уголовно-правовая статистика, подтверждающая наличие таких практик, но и формирование особых субкультурных норм, правил поведения, традиций и специфических коллективных отношений. Ученые пишут об институционализации коррупции (Косалс Л.Я, Латов Ю.) организованной преступности (Гилинский Я.И., Бараева Н.Б.), экономической преступности (Колесников В.В., Попович В.М.).

В настоящее время наиболее распространенным является понимание социальных институтов как относительно устойчивых и долговременных форм социальной практики, которые санкционируются и поддерживаются с помощью формальных и неформальных норм и правил поведения, и посредством которых организуется общественная жизнь, устанавливаются образцы поведения людей, обеспечивается устойчивость социальных отношений. Ещё Э. Дюркгейм называл социальные институты “фабриками воспроизводства общественных отношений”. Следовательно, можно рассматривать институционализацию криминальных практик как процесс воспроизводства преступности.

Институционализация преступной деятельности способствует вовлечению в криминальную практику других людей, которые оказываются зависимыми от этой деятельности. Создается особая криминальная среда обитания, которая по экономическим свойствам и возможной материальной выгоде весьма привлекательна для её участников. Воспроизводство преступности в этом случае предстаёт как непрерывно продолжающийся цикл обмена результатами предметной деятельности в рамках институциализированных криминальных практик. Сформировался особый механизм функционирования указанных криминальных практик, представляющий из себя систему устойчивых правил поведения (взаимодействия) субъектов указанных практик, в том числе и взаимоотношений с правоохранительными и иными властными органами.

При этом следует подчеркнуть, что преступность в целом, во всем своем качественном многообразии, не может быть охарактеризована как единый социальный институт и фактически не является таковым. Причиной этого является разнохарактерность криминальных практик (убийства, компьютерные, половые, воинские преступления и др.), а также существенные различия в регламентации неформальных правил поведения внутри соответствующих криминальных субкультур.

Объективной основой институционализации преступности являются дисфункции официальных институтов государства: экономических, политических, правовых. Субъективной основой институционализации преступности являются социальная аномия как следствие переходного состояния общества, утрата духовных ценностей и широкое распространение правового нигилизма. Большинство криминальных практик характеризуются корыстной направлен-

ностью. Как следствие, институционализированные криминальные практики успешно конкурируют с правомерными социальными практиками, принося их участникам в короткое время существенные доходы.

Криминализация общества привела к возникновению особого механизма институциональной взаимодетерминации криминальных практик и институтов правопорядка. Данный механизм в основном основан на взаимном материальном стимулировании поведения участников такого взаимодействия. Нравственная деформация сотрудников правоохранительной и судебной систем, связанная с масштабной коррупцией и "крышеванием" криминальных структур, способствует криминализации общества и воспроизводству преступности. В свою очередь, рост преступности служит причиной увеличения материальных и кадровых ресурсов институтов правопорядка. Складывается ситуация, которая была обозначена Нильсом Кристи в названии одной из его книг: "Борьба с преступностью как индустрия". Изменение количественных параметров институтов правопорядка не способствует снижению уровня криминализации общества. Высокий уровень коррупции и вовлеченности сотрудников правоохранительных и судебных органов в криминализированную экономику, прямая или косвенная поддержка неправовых, в том числе криминальных практик, существенно снижают авторитет и эффективность институтов правопорядка, фактически разрушает их.

Криминальная ситуация в экономике, и других социальных сферах выдвигают перед криминологической наукой задачи по институционализации специальных криминологических теорий.

Очевидно, что если общество представляет из себя систему относительно самостоятельных социумов (подсистем), необходимо изучать криминологические особенности функционирования данных социальных подсистем [4]. В настоящее время активно разрабатываются такие направления как политическая криминология (Д.А.Шестаков, П.А. Кабанов, Н.А. Зелинская), экономическая криминология (В.В. Колесников, В.М. Попович), криминология закона, семейная криминология, (Д.А.Шестаков), криминология средств массовой информации (Г.Н. Горшенков), кременопенология (О.В. Старков), криминотеология (О.В. Старков, Л.Д. Башкатов, Г.Л. Касторский) и другие отрасли криминологии.

Изучение данных подсистем возможно в рамках новой научной теории – институциональной криминологии. Институциональная криминология – не самостоятельная отрасль научных знаний, а одно из направлений криминологии. Как уже говорилось, далеко не все преступные проявления приобретают черты социального института. Предметом институциональной криминологии является преступность в её институционализированных формах и социальная среда, их формирующая, т.е., процессы институционализации криминальных практик и криминализации социальных институтов. Главным элементом предмета криминологических исследований в рамках институциональной теории изучения и предупреждения преступности должны стать криминальные практики, составляющие ядро современной преступности, обеспечивающие её сохранение и расширенное воспроизводство [5].

Институциональная криминология объективно предполагает развитие институциональной профилактики преступности. В основе институциональной профилактики преступности, независимо от вида и характера преступлений, лежит концепция изменения деятельности человека в тех или иных социальных условиях на основе изменения мотивационной составляющей его деятельности, т.е. изменения характера социальных практик.

Институциональная концепция изучения и сдерживания криминализации общества предполагает анализ социума как системы социальных институтов, с которыми люди себя отождествляют и в рамках которых осуществляют различные виды социально значимой деятельности в целях удовлетворения своих социальных потребностей, прежде всего витального (жизненного) характера.

Разработка механизма вытеснения криминальных практик посредством стимулирования социально-позитивной деятельности в рамках тех или иных институтов является наиболее перспективным направлением институциональной профилактики преступлений.

Несмотря на то, что теория институционализации криминальных практик находится в стадии становления, применение её методологических принципов уже сейчас может оказать влияние на изучение и сдерживание преступности.

Институциональный подход к изучению преступления и наказания, таким образом, есть понятие методологическое, а институциональные теории, касающиеся преступности, неизбежно отражают не только общие закономерности, но специфику места и времени социального бытия, наполняясь самым разнообразным содержанием. Вместе с тем, следует заметить, что слепое заимствование концепций, адаптированных к условиям разных стран и времен, безусловно, контрпродуктивно, однако освоение методологического подхода способно дать ценный инструментарий для научного поиска и важных практических решений в противостоянии с преступностью. Особенно важно это в условиях постсоветских стран, которые, по исторически меркам, за один миг оказались на “руинах” не только своего социального строя, но многих научных, в том числе криминологических, догматов.

Литература

1. См.: Заславская Т.И., Шабанова М.А. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда // Мир России. 2002. – Т. 11. № 2 .– С. 3 – 38; Митракова Е.Н. Институционализация неформальных политико-правовых практик в современной России как угроза национальной безопасности // Дис. ... канд. юрид. наук.- Ростов-на-Дону, 2005, с.151
2. См.: Шабанова М.А. Институциональные изменения и неправовые практики// Кто и куда стремится вести Россию? Акторы макро-, мезо- и микроуровней современного трансформационного процесса / Под общ. ред. Т.И. Заславской. М.: МВШСЭН, 2001. – С. 319.
3. См.: Дрёмин В.Н. Преступность как объект системного анализа // Актуальні проблеми держави та права, №7, 2000. – С. 242-255; Дрёмин В.Н. Преступность и её организованные формы как социальная практика // Информационное обеспечение противодействия организованной преступности (сборник научных статей). Под ред. М.Ф. Орзиха, В.Н. Дрёмина /Библиотека журнала “Юридический вестник”. – Одесса: Феникс, 2003. – С. 12-25; Дрёмин В.Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность // Наукові праці ОНЮА. – Т. 5. – Одеса: Юридична література, 2006 . – С. 251-261.
4. См.: Преступность среди социальных подсистем. Новая концепция и отрасли криминологии / Под ред Д.А. Шестакова. – СПб.: Изд-во: “Юридический центр Пресс, 2003. – 353 с.;

См. также труды Шестакова Д.А.: Введение в криминологию семейных отношений. – Л., 1980; Шестаков Д.А. Криминология: новые подходы к преступлению и преступности. Криминогенные законы и криминологическое законодательство. Противодействие преступности в изменяющемся мире. Учебник 2-е изд., перераб. и доп. – С.-П.: Юрид. центр- Пресс. 2006. – 561 с.; Попович В.М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки: Монографія. – Ірпінь: Академія державної податкової служби України, 2001. – С. 47-48.

5. См.: Дрёмин В.Н. Институционализация преступности и институциональная криминология: концептуальные подходы / В.Н. Дрёмин // Сучасна кримінологія та проблеми протидії злочинності : зб. наук. праць / Під ред. М.Ф. Орзіха, В.М. Дрьоміна. – Б-ка журн. "Юридичний вісник". – О.: Фенікс, 2008. – С.54-70.

Анотація

Дрьомін В.М. **Інституціональні механізми протидії злочинності.** – Стаття.

Розглядається інституціональна теорія вивчення і попередження злочинності. В основі даного методологічного підходу лежить уявлення про злочинність як систему соціальних практик, які реалізуються в предметной соціально значущій діяльності. Ефективна протидія злочинності можлива лише в рамках певних соціальних інститутів, шляхом зміни характеру і мотиваційних основ діяльності.

Ключові слова: відповідальність, кримінальні інститути.

Summary

Dryomin V.N. **Institutional mechanisms of counteraction to the criminality.** – Article.

The article focuses on the institutional theory of crime study and prevention. This methodological approach is based on the apprehension of crime as a system of social practices, which is realized in substantive socially significant activities. An effective crime counteraction is possible only within certain social institutions by changing the character and motivational bases of this activity.

Key words: responsibility, criminal institutes.

УДК 343.2/7(470)

Н.В. Баландина

О РОЛИ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА В ФОРМИРОВАНИИ И РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ ПО ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ: РОССИЙСКИЙ ОПЫТ

Глубокая повсеместная криминализация общественных отношений в России, начало которой было положено в перестроечный постсоветский период, с необходимостью требует аккумуляции сил государства и общества и формировании российской правовой политики по декриминализации общественных отношений. Прав С.И. Герасимов, утверждающий, что "организация надлежащего противодействия преступности стала настолько злободневной и актуальной проблемой, что выдвинулась в ряд основных, первоочередных задач государства и общества. В связи с этим важно понять, выстроить и принять реальные меры по защите общества от криминального натиска, и, прежде всего, речь идет о существенной корректировке... правовой политики государства, которое заметно ослабило

© Н.В. Баландина, 2010

рычаги влияния в важнейших сферах жизнедеятельности общества" [1, с. 5]. Б.С. Маликов отмечает, что "с усложнением социально-экономических отношений роль государства как их гаранта и координатора неизмеримо возрастает. Основной формой социального управления и выражения политики государства становится право. В области борьбы с преступностью праву отводится ведущее место и как регулятору общественных отношений, и как средству выражения охранительных задач и функций по защите прав и интересов личности, общества и государства, и как нормативной юридической основе по реализации... ответственности, применению наказания и государственного принуждения" [4, с. 248].

Декриминализацией общественных отношений, под которой понимаем процесс оздоровления общественных отношений, который должен включать в себя как минимизацию преступных проявлений, так и противодействие потенциально криминальному поведению субъектов в различных сферах жизни общества и государства (экономике, политике, социальной сфере и др.), и его результаты, была призвана стать ориентиром, общегосударственной целью в России. Это обусловило появление правовой политики РФ по декриминализации общественных отношений, то есть целенаправленной, основанной на нормах права, планомерной деятельности субъектов гражданского общества, органов государственной власти и местного самоуправления по коррекции противоправного поведения и формированию поведения правомерного. Ее сущность заключается в выработке и практической реализации правовых идей о предупреждении и борьбе с криминализацией общественных отношений, которые должны осуществляться в правотворческой, правоприменительной, правоинтерпретационной, правореализационной, информационно-воспитательной, организационно-технической и иных формах. Основных направления данного вида правовой политики РФ являются профилактика криминализации общественных отношений и борьба с криминализацией общественных отношений.

Формирование и реализация современной российской правовой политики по декриминализации общественных отношений предполагает широкий круг участников. Субъекты правовой политики по декриминализации общественных отношений – государственные и негосударственные специализированные и неспециализированные органы и организации, отдельные граждане, осуществляющие в своей деятельности мероприятия, направленные на профилактику криминализации общественных отношений (их декриминализацию) и борьбу с ее отдельными проявлениями. Такими субъектами выступают: граждане Российской Федерации, общественные объединения, иные силы гражданского общества, негосударственные юридические организации, средства массовой информации, Президент Российской Федерации, совещательные и консультативные органы при Президенте Российской Федерации, Федеральное Собрание Российской Федерации, Правительство Российской Федерации, федеральные органы исполнительной власти, Конституционный Суд Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, иные органы судебной власти Российской Федерации, прокуратура Российской Федерации, контрольно-надзорные органы государст-

венной власти Российской Федерации, органы законодательной и исполнительной власти субъектов Российской Федерации, муниципальные органы власти и управления в Российской Федерации, организации, учреждения и предприятия государственной, муниципальной, частной и иных форм собственности.

Представители гражданского общества (граждане, общественные объединения и др.) в условиях современных реалий самоактивизируются на борьбу с криминализацией общественных отношений, закрепляя за собой право полноправного субъекта правовой политики РФ и ее отдельных направлений. Особое значение, по нашему мнению, имеют в данном аспекте Общественная палата РФ, общественные палаты субъектов РФ, созданные при них общественные организации, движения (речь о них пойдет далее), а также религиозные организации, Российская криминологическая ассоциация, Совет по внешней и оборонной политике и др.

Общественная палата Российской Федерации обеспечивает взаимодействие граждан Российской Федерации с федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления в целях учета потребностей и интересов граждан Российской Федерации, защиты прав и свобод граждан Российской Федерации и прав общественных объединений при формировании и реализации государственной политики, а также в целях осуществления общественного контроля над деятельностью федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, используя для этих целей: привлечение граждан и общественных объединений к реализации государственной политики; выдвижение и поддержку гражданских инициатив, имеющих общероссийское значение и направленных на реализацию конституционных прав, свобод и законных интересов граждан и общественных объединений; проведение общественной экспертизы проектов законов и иных нормативных правовых актов органов исполнительной власти Российской Федерации и проектов правовых актов органов местного самоуправления; осуществление общественного контроля над деятельностью органов государственной власти и органов местного самоуправления, а также над соблюдением свободы слова в средствах массовой информации; выработку рекомендаций органам государственной власти Российской Федерации при определении приоритетов в области государственной поддержки общественных объединений и иных объединений граждан Российской Федерации, деятельность которых направлена на развитие гражданского общества в Российской Федерации; оказание информационной, методической и иной поддержки общественным палатам, созданным в субъектах Российской Федерации; привлечение граждан, общественных объединений и представителей средств массовой информации к обсуждению вопросов, касающихся соблюдения свободы слова в средствах массовой информации, реализации права граждан на распространение информации законным способом, обеспечения гарантий свободы слова и свободы массовой информации, и выработки по данным вопросам рекомендаций (ч. 1 ст. 1 и ст. 2 ФЗ РФ от 04 апреля 2005 г. № 32-ФЗ “Об общественной палате

Российской Федерации" [5, Ст. 1277] (с изменениями от 27 декабря 2005 г., 30 июня 2007 г.).

Российская криминологическая ассоциация – добровольная, самоуправляемая общественная общероссийская организация, призванная обеспечить консолидацию, необходимое взаимопонимание и сотрудничество между всеми криминологами и другими специалистами, общественными, государственными деятелями, решающими задачи борьбы с преступностью в масштабах РФ, а также на международном уровне. Основными целями Ассоциации являются: всестороннее развитие криминологических и иных знаний о борьбе с преступностью, их распространение и практическое использование в целях защиты интересов прав человека, общественных и государственных интересов от преступных посягательств, научно обоснованного, законного, справедливого и гуманного решения проблем борьбы с преступностью.

Особого внимания заслуживает роль религиозных организаций, в частности, Русской Православной Церкви, в декриминализации общества. Русская Православная церковь выступает соорганизатором различных конференций, семинаров, круглых столов, посвященных проблемам наркомании, алкоголизама, правопорядка и др.; создает реабилитационные центры для больных наркоманией, алкоголизмом, бывших осужденных; в отдельных регионах России заключает договоры о сотрудничестве с органами внутренних дел, выступает с обращениями к депутатам представительных органов с предложениями об ограничении игорного бизнеса [6] и т.п.

Исламистские, буддистские и иудаистские религиозные организации в России активно участвуют в декриминализации общества. Основными методами их работы в данном направлении являются: проповедование в целом непротиворечивых позитивных моральных и духовных ценностей, участие в общественных организациях, широкое использование возможностей, предоставляемые средствами массовой информации, прежде всего телевидением, интернетом (к примеру, многие религиозные организации имеют свои официальные сайты). Они выступают соорганизаторами различных конференций, семинаров, круглых столов, посвященных проблемам наркомании, алкоголизама, правопорядка и др. выступают с обращениями к депутатам представительных органов с предложениями об ограничении игорного бизнеса, об отказе в СМИ либо сокращении до минимума объем рекламы пива и табачных изделий, о воздержании от проведения в городах России "праздников" и "фестивалей" пива. Отдельные духовные организации в целях духовного оздоровления общества участвуют в разработке программ по профилактике и борьбе с наркоманией, заключают договоры с медицинскими центрами профилактики и реабилитации наркозависимых, и т.д.

Средства массовой информации являются активным субъектом правовой политики по декриминализации общественных отношений. Степень влияния их на криминализацию и декриминализацию общественных отношений сложно переоценить, так как именно СМИ, освещая происходящие в стране события, формируют общественное мнение и общественное сознание. Следует отметить, что СМИ в свое время отчасти способствовали интенсивной криминализации

общества, что достигалось при помощи отвлечения сил общества и общественного мнения на второстепенные проблемы [5], культивирования жестокости, насилия, стяжательства, разнузданного секса [3, с. 23], ориентации русского национального сознания “на признание власти материального, денег как единственной ценности, оценки человеческой личности и ее жизни только с позиции материальных показателей”, путем усиленного “внедрения в сознание населения понятия “достойной жизни”, определяемой только как обладание материальными благами, создание материального сверхизобилия” [8, с. 50], запугивания населения насилием и безнаказанностью криминала (страх перед криминалом и криминализацией общества у российского населения за несколько лет вырос в 4 раза [7, с. 15]). Поэтому именно СМИ призваны стать активистом декриминализации, освещая происходящие в государстве декриминализационные события, такие как: создание антикоррупционного комитета, громкие судебные процессы и др.

Следует подчеркнуть, что государство должно поддерживать создание и деятельность общественных организаций, содействующих декриминализации общества, власти, экономики, стимулировать их участников. В современной России такие организации уже существуют. Так, к примеру, на улицах г. Астрахани активно действует созданная Общественной палатой РФ общественная организация “Антикоррупционное ополчение”. Ее члены проводят социологические опросы по вопросам коррупции, раздают печатные материалы, содержащие информацию, которая разъясняет положения действующего законодательства о взятке и коммерческом подкупе, сведения об органах государственной власти и организациях, занимающихся вопросами взяточничества, образцы заявлений о совершении преступлений и т.п.

В заключении еще раз подчеркнем, что аккумулированные силы государства и гражданского общества должны действовать согласованно, ибо это является залогом успеха в борьбе с криминалом.

Литература

1. Власть: криминологические и правовые проблемы. – М. : Рос. криминол. ассоц., 2000. – С. 5.
2. Дубовцев В.А. Криминализация общества и проблемы коррупции // http://crime.vl.ru/docs/konfs/ekat_2.htm
3. Зубков А.И., Зубкова В.И. Проблемы реформирования уголовной (карательной) политики на современном этапе // Журнал российского права. – 2002. – № 5. – С. 23-24.
4. Маликов Б.С. Социальное реформирование и уголовно-исполнительная политика России // Правовая политика: федеральные и региональные проблемы: Материалы научной конференции / под ред. Н.И. Матузова. – Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 2001. – С. 248.
5. СЗ РФ. – 2005. – № 15. – Ст. 1277.
6. По материалам сайта http://go.microsoft.com
7. Шубин В.Н. Страхи в России // Социологический журнал. – 1997. – № 3. – С. 15.
8. Юцков Е.М. Криминальная ситуация и изменения характеристик преступников в кризисные периоды развития общества // Власть: криминологические и правовые проблемы. – М. : Рос. криминол. ассоц., 2000. – С. 50.

Анотація

Баландина Н.В. **Щодо ролі громадянського суспільства у формуванні та реалізації суспільних відносин: російський досвід.** – Стаття.

Декриміналізація суспільних відносин – загальнодержавна мета Росії. Суб'єктами правової політики з декриміналізації суспільних відносин є державні та недержавні спеціалізовані та неспеціалізовані органи та організації, окремі громадяни, які здійснюють у своїй діяльності заходи, спрямовані на профілактику криміналізації суспільних відносин (їх декриміналізацію) і боротьбу з її окремими проявами. Держава повинна підтримувати створення і діяльність громадських організацій, які сприяють декриміналізації суспільства, влади, економіки, стимулювати їх учасників.

Ключові слова: декриміналізація, суспільство

Summary

Balobanova N.V. **About the role of civil society in forming and realization of legal policy on decriminalization of public relations: Russian experience.** – Article.

Decriminalization of public relations is a national aim of Russia. The subjects of legal policy on the decriminalization of public relations is public and private specialized and unspecialized bodies and organizations, individuals who exercise in their activity measures aimed to prevent the criminalization of social relations (their decriminalization), and against its individual display. States should support the creation and activities of social organizations that promote the decriminalization of society, government, economy, and the encouraging their members.

Key words: decriminalization, society

НАШІ АВТОРИ

Андрушко П.П., професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Т. Шевченка (Україна)

Байда А.А., кандидат юридичних наук, асистент кафедри кримінального права Національної юридиччної академії імені Я. Мудрого (Україна)

Баландіна Н.В., кандидат юридичних наук, ст. викладач кафедри теорії та історії держави та права Астраханського державного технічного університету (Росія)

Балобанова Д.О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії (Україна)

Бєлов М.М., доктор фіз.-мат. наук, дійсний член Нью-Йоркської академії наук, член-кор. Міжнародної академії інформатизації (Угорщина)

Богатова О.В., доктор юридичних наук, доцент, декан факультету права та психологіі Володимирського державного університету (Росія)

Бойко О.І., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Північно-Кавказької академії (Росія)

Броневицька О.М., викладач Львівського державного університету внутрішніх справ (Україна)

Будякова Т.П., кандидат психологічних наук, доцент, завідувач кафедри психології, Єлецький державний університет імені Буніна (Росія)

Глушков В.О., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Т. Шевченка (Україна)

Грищук В.К., доктор юридичних наук, професор, перший проректор Львівського державного університету внутрішніх справ (Україна)

Горбачова І.М., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії (Україна)

Гуторова Н.О., доктор юридичних наук, професор, директор Кримського юридичного інституту Національної юридичної академії України імені Я. Мудрого (Україна)

Денисова Т.А., кандидат юридичних наук, професор, директор Інституту права імені В. Сташиса Класичного приватного університету (Україна)

Дзюба Ю.П., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Я. Мудрого (Україна)

Дрьомін В.М., кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Одеської національної юридичної академії (Україна)

Дудоров О.О., доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Луганського державного університету внутрішніх справ (Україна)

Єсаков Г.О., доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії імені Кутафіна (Росія)

Зеленецький В.С., доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук (Україна)

Іногамова-Хегай Л.В., доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії імені Кутафіна (Росія)

Кальман О.Г., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінології Національної Академії прокуратури України (Україна)

Ківалов С.В., доктор юридичних наук, професор, президент Одеської національної юридичної академії (Україна)

Козаченко О.В., кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Миколаївського навчального центру Одеської національної юридичної академії (Україна)

Коломієць Ю.Ю., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії (Україна)

Костенко О.М., доктор юридичних наук, професор, завідуючий відділом проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави та права імені В.М. Корецького НАН України (Україна)

Купріянов А.О., молодший радник юстиції, прокурор відділу нагляду за дотриманням законності у сфері протидії та запобігання корупції Управління нагляду за спеціальними підрозділами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю та корупцією (Україна)

Лихова С.Я., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Т. Шевченка (Україна)

Маковецька Н.Є., викладач кафедри кримінально-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ (Україна)

Маліков С.В., аспірант Московської державної юридичної академії імені Кутафіна (Росія)

Мандриченко Ж.В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Одеської національної юридичної академії (Україна)

Медведько О.І., Генеральний прокурор України, державний радник юстиції України (Україна)

Мирошниченко Н.А., кандидат юридичних наук, професор кафедри кримінального права Одеської національної юридичної академії (Україна)

Навроцький В.О., доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Львівського державного університету внутрішніх справ (Україна)

Осадчий В.І., доктор юридичних наук, професор Національного технічного університету України “КПІ”(Україна)

Остапенко Л.А., кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального права та правосуддя Чернігівського державного інституту права, соціальних технологій та праці (Україна)

Панов М.І., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права № 2 Національної юридичної академії України імені. Я. Мудрого, м. Харьків (Україна)

Підгородинський В.М., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права, директор Інституту прокуратури та слідства Одеської національної юридичної академії (Україна)

Пономаренко Ю.А., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Я. Мудрого (Україна)

Понятовська Т.Г., доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії імені Кутафіна (Росія)

Рарог А.І., доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки РФ, завідувач кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії імені Кутафіна (Росія)

Селезньова Н.О., кандидат юридичних наук, ст. викладач кафедри кримінального права та процесу Російського університету дружби народів (Росія)

Стрельцов Є.Л., доктор юридичних наук, доктор теології, професор, проректор з навчальної роботи, завідувач кафедри Одеського національного університету імені І.І. Мечникова (Україна)

Сундуров Ф.Р., доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Казанського державного університету імені В.І. Ульянова-Леніна (Росія)

Талан М.В., доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Казанського державного университету імені В.І. Ульянова-Леніна (Росія)

Тихий В.П., доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України (Україна)

Тузов А.П., доктор юридичних наук, професор Університету сучасних знань, м. Київ (Україна)

Туляков В.О., доктор юридичних наук, професор, віце-президент Одеської національної юридичної академії (Україна)

Фаргієв І.А., доктор юридичних наук, заступник голови Північно-Кавказького окружного військового суду – голова судової колегії в кримінальних справах (Росія)

Фріс П.Л., доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, Прикарпатський юридичний інститут Львівського державного університету внутрішніх справ (Україна)

Хавронюк М.І., доктор юридичних наук, доцент, заступник керівника апарату – начальник правового управління Верховного суду України (Україна)

Хомич В.М., доктор юридичних наук, професор, директор Науково-практичного центру проблем укріплення законності та правопорядку Генеральної прокуратури Республіки Білорусь (Білорусь)

Хряпінський П.В., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету (Україна)

Чучаєв О.І, доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії імені Кутафіна (Росія)

Шакун В.І., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, перший проректор Київського національного університету внутрішніх справ (Україна)

Lorenzo Bujosa Vadell, Dr. Jur, Criminal procedure Department of Salamanca University (Spain)

Eder-Rieder Maria, Prof. Dr. jur., Department of Criminal Law, Salzburg University /Salzburg (Austria)

Kirsch Stefan, Dr. jur., Rechtsanwalt und Fachanwalt fur Strafrecht in Frankfurt am Main, Honorary Fellow Durham University und Lehrbeauftragter an der Philipps-Universitat / Marburg (Germany)

Hakan Hakeri, Prof. Dr. jur., Universitat Ondokuz Mayis, rechtswissenschaftliche Fakultat / Samsun (Turkey)

Yener Ünve, Prof. Dr. jur., Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Yeditepe / Istanbul (Turkey)

Tulyakova Katherine LLM, M.A. Criminal procedure Department of Salamanca University (Spain) post graduate

ЗМІСТ

Передмова 3

Розділ 1
МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ

С.В. Кивалов
Перспективы совершенствования системы уголовной юстиции и судебная реформа . . . 7
О.І. Медведько
Зовнішня організаційно-управлінська діяльність Генерального прокурора України . . 10
Н.И. Панов
Проблемы точности норм Особенной части уголовного права и совершенствование законодательной техники 18
В.П. Тихий
Відповідальність за порушення безпеки людини в механізмі кримінально-правового впливу 22
В.О. Туляков
Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реализації 25
В.І. Шакун
Протиправна поведінка як правова реальність 32
Е.Л. Стрельцов
Задачи, функции и механизм уголовного права 38
С.Я. Лиховая
Римский статут и отечественная доктрина уголовного права – проблемы и перспективы 42
В.К. Грищук
Предмет і методи українського об'єктивного кримінального права 47
П.Л. Фріс
Сучасна кримінально-правова політика в системі правової політики України та політики у сфері боротьби зі злочинністю 52
А.И. Бойко
Проблемы синтеза уголовной политики и уголовного закона 58
А.И. Чучаев
Механизм уголовно-правового воздействия: общие проблемы понятия и содержания 63
М.І. Хавронюк
Міф про справедливість і милосердя (до питання про механізм кримінально-правового впливу) 68
П.В. Хряпінський
Заохочувальні норми в реалізації кримінальної відповідальності: проблема позитивного аспекту 74

Розділ 2
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВПЛИВ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Ю.П. Дзюба
Соціальна обумовленість законів України про кримінальну відповідальність як складова кримінально-правової політики держави. 83
Ю.А. Пономаренко
Дія кримінального закону в механізмі кримінально-правового регулювання 88
Д.О. Балобанова
Історичний процес формування суспільної небезпечності діяння як підстави криміналізації 93
А.П. Тузов
Внутрішній світ особистості і злочинність 98
Н.А. Селезнева
Возраст ответственности в уголовном праве современных государств. 104
П.П. Андрушко
Службова особа як спеціальний суб'єкт злочину. 110
А.И. Рарог
Перспективы развития учения о вине в современной российской науке уголовного права 118
О.О. Дудоров
Кримінально-правові аспекти виявлення наміру. 123
Г.А. Есаков
Объективные и субъективные стандарты оценки в уголовном праве 129
Л.В. Иногамова-Хегай
Вопросы соучастия в международном и российском уголовном праве 134
Л.А. Остапенко
Імунітет – підстава звільнення від кримінальної відповідальності чи особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності? 140
Ю.Ю. Коломиец
Наказание в круговороте форм правления 145
Т.Г. Понятовская
Уголовно-политическое значение судейского усмотрения при назначении наказания 152
Т.А. Денисова
Реалізація запобіжної функції покарання в місцях позбавлення волі та відновлення особистості з правослухняною поведінкою 157
В.І. Осадчий
Аналіз покарання за пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів в кримінальному законодавстві України (ст. 277) та інших країн-учасниць СНД . . .163
Ж.В. Мандриченко
Реализация частных начал в уголовном праве 168
О.В. Козаченко
Альтернативи кримінальній відповідальності в механізмі кримінально-правового впливу 174
І.М. Горбачова
"Домашній арешт" як альтернатива покарань, пов'язаних з позбавленням волі особи 179

Ф.Р. Сундуров
"Иные меры уголовно-правового характера" в системе мер ответственности по УК Российской Федерации 184
Maria Eder-Rieder
Protection of the Victims of Crime in the Austrian Criminal Proceeding 190
Т.П. Будякова
Предпосылка как виктимологический фактор преступности. 197
Lorenzo Bujosa Vadell, Katherine Tulyakova
Towards european judicial culture: icc standarts implementation 202
Yener Ünve
Die grundlagen vom allgemeinen und besonderen teil des neuen Türkischen strafgesetzbuch 206
Stefan Kirsch
Anmerkungen zu den moglichkeiten rationaler kriminalpolitik 214
Hakan Hakeri
Das osmanische strafrecht vor dem Türkischen STGB. 219

Розділ 3
МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

С.В. Маликов
Сроки в Особенной части УК РФ как элемент механизма уголовно-правового воздействия 227
Н.Є. Маковецька
Вбивство на прохання (еутаназія) за кримінальним правом Республіки Польща 233
И.А. Фаргиев
Принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации (вопросы теории и практики) 237
В.М. Підгородинський
Значення деяких рішень Європейського Суду з прав людини з питань захисту честі й гідності особи для кримінального права України 243
Н.О. Гуторова
Механізм кримінально-правового впливу на суспільні відносини у сфері господарської діяльності 249
М.В. Талан
Контрабанда по уголовному праву Российской Федерации 255
В.О. Навроцький
Парадокси вітчизняної "боротьби" з корупцією 263
Н.А. Мирошниченко
Уголовно-правовая ответственность за контрабанду наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров 266
О.Н. Костенко
О концепции "активной юстиции" в противодействии коррупции 271
В.М. Хомич
Оперативный эксперимент и провокация взятки. 276
О.Г. Кальман
Судові органи як суб'єкт протидії злочинності 282

В.С. Зеленецкий
Принцип взаимодействия правоохранительных органов в доследственном уголовном процессе 287
Н.Н. Белов
Оценка профессиональных услуг адвоката 289
В.О. Глушков
Україна: конфліктогенні фактори в умовах сучасного світового порядку 294
О.М. Броневицька
Врахування положень міжнародного гуманітарного права у кримінальному законодавстві України 303
А.О. Купріянов
Використання та участь найманців у збройних конфліктах чи діях 307
В.Н. Дрёмин
Институциональные механизмы противодействия преступности 312
Н.В. Баландина
О роли гражданского общества в формировании и реализации правовой политики по декриминализации общественных отношений: российский опыт 317

НАШІ АВТОРИ 323

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 54

Українською, російською, англійською та німецькою мовами

Редактор-коректор *І.І. Радіонова*
Технічний редактор *О.В. Стадніченко*

Підписано до друку 15.04.2010. Формат 70×100/16.
Папір офсетний. Гарнітура «Шкільна».
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 26,77.
Тираж 300 прим. Зам. № 168.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
(Свідоцтво ДК № 1374 від 28.05.2003 р.)
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2.
Тел. (048) 777-48-79

Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 54
А437 / Редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип. В.О. Туляков. — Одеса: Юридична література, 2010. — 332 с.
Укр., рос., англ. та нім. мовами.

У збірнику наукових праць розглянуто питання методології механізму кримінально-правової заборони та актуальні проблеми розвитку інститутів кримінального права.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих юридичних та історичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться особливостями кримінально-правової доктрини України та зарубіжних країн.

ББК 67(4Укр)я43
УДК 340(477)1082