

УДК 342.4:343.2

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.2>

О. Ю. Водянніков

КОНСТИТУЦІЯ І ЗЛОЧИН: ТЕОРІЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ В СВІТЛІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ КОНЦЕПЦІЇ *ULTIMA RATIO*

Постановка проблеми. У вступі до своєї роботи «Надмірна криміналізація. Межі кримінального права» американський професор Дуглас Гусак зазначив: «Якість кримінальної юстиції є важливим мірилом цінності політичної спільноти. Окрім рішення про початок війни, жодне інше рішення, що приймається державою, не є більш важливим за її присуд про те, яка поведінка повинна бути забороненою і наскільки суворим має бути покарання за неї» [1, с. vii]. Не в останню чергу саме тому законодавство про кримінальну відповідальність стає об'єктом прискіпливого конституційної контролю, а рішення органів конституційної юрисдикції мають подекуди визначальне значення для розвитку конституційної юриспруденції¹.

Однак питання того, що має бути визнане злочином або кримінальним правопорушенням, яка поведінка є забороненою і яким має бути покарання за неї, все ще залишаються предметом доктринальних дискусій. Навіть ключові поняття «криміналізація», «декриміналізація», досі є предметами наукових суперечок, а єдиного чи, принаймні, загальноприйнятого розуміння цих понять немає [2, с. 34; 3, с. 209]. Це тим більше стосується вітчизняної конституційної доктрини, де питання конституційних принципів криміналізації взагалі залишається недослідженим.

Деякі дослідники виділяють формальне і матеріальне поняття кримінального правопорушення [4, с. 105–106]. Формальне поняття кримінального правопорушення виходить з того, що ним є описане у кримінальному законі діяння, за яке передбачено покарання [4, с. 105]. Наприклад, параграф 11 Кримінального кодексу ФРН визначає кримінальне правопорушення як «виключно діяння, що відповідає всім елементам кримінального правоположення» [5, с. 39, § 11(1) (5)]; таким же чином частина перша статті 11 Кримінального кодексу України передбачає, що кримінальним правопорушенням «є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення». Матеріальне поняття полягає в тому, що кримінальним правопорушенням є діяння, якому властиві такі обов'язкові ознаки: (1) воно вчинене суб'єктом злочину; (2) є винним; (3) суспільно небезпечним; (4) передбачене чинним кримінальним кодексом, а також (5) є кримінально караним [4, с. 106]. Однак до цих обох понять можна з упевненістю віднести вислів Джозуа Дреслера, що обидва ці визначення є «простими, циклічними і, загалом, непридатними» [6, с. 1]. Формальне поняття не дає відповіді на питання, якими стандартами слід керуватися законодавцю при визначенні певної поведінки в якості кримінального правопорушення. Матеріальне поняття є не менш циклічним. За винятком концепції суспільної безпеки, воно по суті зводиться до формального поняття, але

¹ Щодо огляду практики Конституційного Суду України щодо розгляду положень кримінального законодавства на відповідність Конституції України див. [2, с. 49–74].

поділеного на його компоненти. Не вирішує питання і введення концепції суспільної небезпеки, яка, наприклад, в Кримінальному кодексі України визначається через «істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі». Ця концепція є рудиментом радянської теорії криміналізації, в якій суспільно-небезпечним визнавалося дія чи бездіяльність, «що загрожує основам радянського ладу і правопорядку, встановленому робітничо-селянською владою на перехідний до комуністичного ладу період часу» (ст. 6 Кримінального кодексу РСФРР 1922 р. [7, с. 2]; ст. 6 Кримінального кодексу РСФРР 1926 р. [8, с. 4]), а небезпека визначалася через оцінку як особистості злочинця, так і вчиненого ним діяння (ст. 24 Кримінального кодексу РСФРР 1922 р. [7, с. 3]). Однак навіть після усунення ідеологічних елементів, концепція суспільної небезпеки відсилає до розсуду законодавця (а саме що є істотною шкодою, що вимагатиме саме криміналізації діяння, про яку шкоду йдеться, як визначити об'єкти кримінально-правової охорони, тощо).

Це дало підстави деяким дослідникам сприймати цю проблему визначення як даність. Герберт Паркер вважає, що «визначення злочину є невідворотно тавтологічним. Злочином є все, що формально і авторитетно визначене як кримінальне ... злочин є діянням, за яке можуть настати наслідки, формально визначені як кримінально карані» [9, с. 18–19]. Але такий підхід не є прийнятним, адже мають існувати певні стандарти чи критерії, якими повинен керуватися законодавець, визнаючи те чи інше діяння кримінальним правопорушенням.

Аналіз основних досліджень і публікацій. В радянській кримінально-правовій доктрині, що зберігає свій вплив на сучасну наукову думку і практику, теорія криміналізації виходила з концепції суспільної небезпеки діянь. Ця проблематика знайшла своє висвітлення в роботах Н.Б. Алієва, І.М. Гальперіна, О.А. Герцензона, П.Ф. Гришаніна, П.С. Дагеля, Ю.А. Демидова, М.І. Загородникова, Г.А. Злобіна, І.І. Карпеця, В.Й. Квашиса, С.Г. Келіної, М.І. Ковальова, В.С. Комісарова, О.І. Коробєєва, В.М. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнецової, Б.А. Міренського, П.М. Панченка, П.М. Рабіновича, П.А. Фефелова, О.М. Яковлева. В українській кримінально-правовій доктрині слід згадати дисертаційні дослідження П.Л. Фріса «Кримінально-правова політика України» (Київ, 2005), Д.О. Балобанової «Теорія криміналізації» (Одеса, 2007), Ю.А. Пономаренка «Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень» (Харків, 2021) а також роботи Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.О. Гацелюка, В.К. Грищука, О.М. Костенка, О.М. Литвака, В.О. Меркулової, А.А. Митрофанова, В.О. Навроцького, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, В.О. Тулякова, М.І. Хавронюка, В.І. Шакуна та інших.

Метою дослідження є вивчення питань конституційних принципів криміналізації у більш широкій перспективі і загальноісторичному контексті становлення модерної держави і сучасного конституціоналізму, що дає змогу системного аналізу конституційних підходів до криміналізації. Це в свою чергу вимагає звернення до багатьох загальнотеоретичних аспектів як теорії кримінального права, так і більш глобальних питань конституціоналізму, теоретичних основ демократії та належного урядування. Адже для відповіді на ці питання слід звернутися до основ кримінального права, його соціальної функції і конституційного значення.

Виклад основного матеріалу дослідження. Говорячи про основи кримінального права, ми уявляємо його як упорядковану, стабільну систему чи структуру, що ґрунтується на певних базових засадничих елементах, що можуть бути віднайдені, проаналізовані і концептуалізовані. Цей підхід, однак, відразу ж може викликати заперечення: кримінальне право, як і право взагалі, не є результатом раціонального вибору, не є питанням *ratio*, що визначало би існування узгоджених принципів, раціональної структури норм чи доктринальних підходів. До того ж воно не є стабільним в сенсі «базових засадничих елементів», адже ґрунтується на мінливих і плінних історичних умовах, які визначаються політичними, соціальними та економічними силами. Тому, як вбачають критики, розуміння структур кримінального права, його розвитку і засад вимагає не концептуального аналізу чи раціональної реконструкції, а емпіричного і інтерпретаційного підходу, притаманних історичній і соціологічній наукам [див. 10, с. 591–673; 11; 12, с. 9–59; 13, с. 17–40].

Якщо поглянути прискіпливіше на цей критичний науковий наробок, що суттєво відрізняється від «класичних» досліджень кримінального права, його головна наскрізна ідея полягає в необхідності дослідження кримінального права в його соціальному і історичному контекстах. Це, в свою чергу, означає переміщення фокусу дослідження на ширше питання легітимності кримінального права². Тому як зазначає Ентоні Даф, «Ми маємо розуміти [кримінальне] право не як систему раціональних принципів (чи навіть через прагнення до цього), а скоріш як сферу різноманітних соціальних і політичних конфліктів – конфліктів, що скоріш приховуються, аніж вирішуються через спробу визначити реконструювати «раціональні принципи» кримінального права» [15, с. 3].

Тому ми маємо концептуалізувати кримінальне право, його засади в більш широкій перспективі, зважаючи на його «фрагментарний» характер в правовій системі. Ще на початку ХХ ст. німецький юрист Карл Біндінг сформулював концепцію фрагментарності кримінального права для пояснення обмеженості його сфери дії³. На його думку ця концепція є необхідною для розуміння системного характеру кримінального права [17, с. 48–49]: криміналізація діяння тільки тоді є виправданою, коли інші засоби вирішення соціальної проблеми є неефективними.

Німецький теоретик кримінального права Клаус Роксін стверджує, що кримінальне право не є виключним засобом забезпечення захисту легітимних цінностей і інтересів (*Rechtsgüter* – юридичні блага) – серед всього арсеналу правопорядку кримінальне право є останнім засобом чи засобом останньої надії (*ultima ratio*), що застосовується, якщо інші засоби виявились неефективними [18, с. 524–525]. Тому, як зазначає, Нільс Йареборг кримінальне покарання є «*ultima ratio* соціальної політики», а його завдання полягає у «субсидіарному» захисті *Rechtsgüter*:

² Адже, як зазначає Ендрю Гальпін, «наголос на контексті означає заперечення будь-якого припущення, що правова доктрина може володіти окремою, неконтекстуальною, агісторичною легітимністю» [14, с. 61].

³ Досить іронічно, але Карл Біндінг говорив про фрагментарність кримінального права в силу практики криміналізації: на його думку несистемний характер кримінального права є наслідком казуального підходу законодавця до криміналізації діянь, а не принципового системного і наукового підходу, що мав би забезпечити системність і цілісність кримінального права [див. 16].

«Кримінальне право захищає тільки деякі з *Rechtsgüter* і його захист є вибіркоким, а не загальним ... Тому має сенс говорити про «фрагментарний» характер кримінального права» [18, с. 525].

В такому розумінні кримінальна відповідальність є питанням публічної влади, що реалізується через процеси криміналізації, кримінального переслідування, судового розгляду і покарання [19, с. 109]. Питання криміналізації, її стандартів і критеріїв має розглядатися крізь призму фрагментарності і субсидіарності кримінального права, тобто через концепцію *ultima ratio*. Це вимагає звернення до більш широкого контексту, як історичного (тобто як виникає ідея окремої галузі кримінального права з її окремими принципами, методологією і *rationale*), так соціально-політичного (тобто звернення до питання ролі і функцій кримінального права в демократичному суспільстві, конституційних принципів, що є визначальними при прийнятті рішення про криміналізацію/декриміналізацію діяння).

Конституційна демократія і кримінальне право. Який вплив має парадигма конституційної демократії на кримінальне право в демократичній державі? Відповідь на це питання вимагає певного історичного екскурсу для визначення керівних ідей і рушійних сил, що визначили траєкторії розвитку як сучасного постмодерного конституціоналізму, так і сучасної парадигми кримінального права в демократичній державі.

В основу ліберальної демократії, що прийшла на зміну феодальному ладу в ході Великих революцій XVIII ст., була закладена концепція *res publica*, переосмислена мислителями Просвітництва та діячами Американської і Французької революцій⁴. Сама ця концепція республіки, яку ми за історичною традицією називаємо демократією⁵, вимагала наявності політичної громади формально рівних осіб. Урядування у такій громаді розглядалася як *res publica*, тобто як справа всіх громадян, а свобода у такій громаді забезпечувалася згідно закону і через закон як акт загальної волі в руссіанівському сенсі. В цьому сенсі *res publica* виступає як громада керована правом, а не волею (чи свавіллям) окремих особистостей. Як зазначає Філіп Петі, така роль управління за допомогою законів убезпечує членів політичної громади як від *imperium* так і від *dominium* [23, с. 112, 130]. Захист від *imperium* означає захист від свавільної влади тих, хто виступає від імені держави, захист від *dominium* – від свавілля приватних осіб [24, с. 47]. Як підкреслює Річард Деггер, ця «подвійна безпека також пов'язується з республіканським наголосом на спіль-

⁴ У період Наукової революції, що завдячує своїм розвитком не в останню чергу віднайдению античних джерел і, як наслідок, відродженню античної філософської думки та традиції республіканізму, що згодом, у XVIII ст., надихатиме діячів Просвітництва і дасть ідеологічне підґрунтя Американській та Французькій революціям, «демократія» і «республіка» стають досить наближеними і подекуди синонімічними. Хоча це ідеологічне підґрунтя і філософська традиція зовсім не були ані «демократичними», ані егалітарними у сучасному розумінні, адже заперечували загальне виборче право, права жінок і толерували як колоніалізм, обстоюючи ідею «цивілізаторської місії», так і рабство [див.: 20, с. 5].

На відміну від наших сучасних уявлень давньоримське поняття *res publica* не передбачало певної політичної форми правління (напр. демократії). *Res publica* – це була персоніфікація міста Рима, спільноти громадян, що розглядалася як суб'єкт юридичних відносин, та яка вимагала певного політичного устрою, що ґрунтувався б на вимогах права [див. 21, с. 116].

⁵ Хоча те, що стародавні греки і римляни називали демократією, і те, що отримало цю назву в ході Великих революцій, є дещо відмінними явищами [див. 22, с. 25–29].

ному інтересі або публічному блазі» [24, с. 47]. Адже, публічне благо, якому мають слугувати і право і держава, в свою чергу, включає публічний інтерес у захисті приватних інтересів як один від одного, так і від держави [25, с. 72].

В цьому виникає безпосередній зв'язок між демократією і кримінальним правом. Концептуалізація ролі кримінального права в демократичному суспільстві як забезпечення безпеки індивіда від *imperium* (як в силу дії гарантій процесуальної справедливості, так і матеріальних гарантій *nullum crimen*, про які йдеться далі) та *dominium* (в силу криміналізації і встановлення кримінальної відповідальності за діяння, що посягають на життя, здоров'я, безпеку, власність тощо) означає, що кримінальне право має розглядатися крізь призму інструментарію побудови справедливого і демократичного суспільства. З такої точки зору проблематика визначення кримінального правопорушення зводиться до визначення поняття «публічного» в діянні, яке законодавець криміналізує. Адже злочин є не просто правопорушення, а саме публічне правопорушення на відміну від приватного правопорушення, яким опікується приватне право.

Ця кваліфікація злочину як публічного правопорушення навіть етимологічно закладена в терміні «кримінальне». Цей термін до більшості європейським мов (*crime* – англ.; *crime* – фр.; *crimine* – італ.; *crimen* – ісп.) потрапив через старофранцузьку (*crimne*) з латини (*crimen*), де він означав «обвинувачення» [26, с. 110]. В свою чергу цей латинський термін був запозичений з давньогрецької, в якій *κρίνω* означав «рішення», «судове рішення», «вирішення спору», «звинувачення», «притягнення особи до суду», «вирок» [27, с. 996]. Ця етимологія вказує на те, що саме поняття *crimen*, *κρίνω* виникає, власне, не із спроби визначити певне діяння як таке злочинним, а з процесу публічної і формалізованої реакції на певні діяння. Публічні обвинувачення проти порушників вели до визнання, що їхні діяння є злочинними і публічними, тобто такими, що обґрунтовують публічний процес і вирок [24, с. 51].

Ця специфіка публічності як аспект *res publica*, парадигма свободи від *imperium* і *dominium* визначають аналітичні рамки для аналізу і реконструкції кримінального права в демократичному суспільстві. Однак цей аспект публічності є лише відправною точкою аналізу. Публічність як характеристика правопорушення виокремлює таке правопорушення з сукупності всіх правопорушень, розподіляючи їх на приватно-правові і публічно-правові. Але вона не є достатньою для встановлення стандартів і критеріїв криміналізації.

Тому має сенс звернутися до еволюції становлення сучасного кримінального права, виникнення його засад і принципів, що відбувалося в процесі занепаду домодерної парадигми *caveat dominus* з її визначальною концепцією *police* і становлення модерної держави в часи Великих революцій XVIII ст. з її кодифікаціями, ліберальним конституціоналізмом, національною державою і новими поняттями політичної легітимності.

Caveat dominus і *ідея police*. На початку слід зробити важливе термінологічне застереження. В українській мові немає відповідника для *police*, *police power*, *policing*, окрім «поліція» для означення державного органу чи служби, що опіку-

ється охороною громадського порядку і боротьбою з правопорушеннями⁶. Інші значення викладаються через опис термінів (не завжди адекватний). Разом з тим ці терміни є набагато ширшими і змістовнішими за «поліцію». Як зазначає Марк Неоклеус, «Навіть побіжний погляд на зміст ранішої ідеї *police* показує, що основним в початковому розумінні поліційної влади був «добрий порядок» в найширшому сенсі і поліційна влада втілювалася в цілому ряді інституцій, що опікувалися набагато більшою кількістю питань, ніж злочинність» [28, с. х].

Цей термін походить з бургундського діалекту французької мови («*policie*»), звідки він у XV ст. набуває поширення на європейському континенті з різними написаннями і промовою («*policei*», «*pollicei*», «*policey*», «*pollicey*», «*pollizey*», «*pollizey*», «*politzey*», «*pollucey*», «*pullucey*») [28, с. 1]. Так, в німецькомовній частині Європи цей термін «*policey*» вперше зустрічається в документах міського самоврядування і, згодом, князівських канцелярій: в 1476 у Вюрцбурзі, в 1482 та 1485 роках у ордонансах міської ради Нюрнберга («*Regiment und Pollicei*»), в 1488 в Майнцському курфюрстві («*Regiment und Pollucy*»); починаючи з першої половини XVI ст. набувають поширення імперські і місцеві *Polizeiordnungen*, в яких цей термін означає добрий порядок в громадській сфері та забезпечення загального блага, тобто стан добре організованої і упорядкованої громади [29, с. 39]. За всього цього орфографічного розмаїття він означав регулювання внутрішнього життя громади задля сприяння загальному благу, добропорядку і організації суспільного життя в громаді [28, с. 1].

І *police*, і, до речі, *policy* [див. 30, с. 3-30], і «політика» походять з латинізованого давньогрецького терміну *politeia*, що в латинській мові набуло форми *politia* [31, с. 11]. Цей термін в працях Аристотеля означав одну з трьох правильних форм правління (царська влада, аристократія та політія)⁷, і виник, навіть етимологічно, з давньогрецької концепції полісу – невеликої, інституціоналізованої і самоврядуваної громади дорослих громадян-чоловіків (*politai* або *astoi*), що проживала разом з дружинами та дітьми в міському центрі (що також називався *polis* або, подекуди, *asty*) та приміській оточуючій території (*chora* або *ge*) [33, с. 31]. В якості політичної спільноти поліс ідентифікувалася власне з громадянами, аніж з територією. В ідеологічному плані поліс означав політичний світогляд, в якому концепція влади набувала «громадський» характер як «спільна річ» (що латиною безпосередньо так і називатиметься – *res publica*), що урядовується всіма членами громади – громадянами [34, с. 16].

Римська епоха стала епохою міської громади. Якщо у часи Стародавньої Греції не всі міста були полісами, і не всі поліси були містами [34, с. 14], то в часи

⁶ В українському законодавстві – «центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку» (частина перша статті 1 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 року № 580-VIII, зі змінами).

⁷ «Відхилення ж від указаних правильних форм такі: відхилення від царської влади – тиранія; від аристократії – олігархія; від політії – демократія. По суті, тиранія – та ж сама монархічна влада, але вона має на меті власні інтереси. Тобто вигоди одного правителя. Олігархія ж пильнує інтересів багатих. Демократія захищає інтереси неіснуючих верств населення. Жодна з цих форм державного устрою не має на меті загальних інтересів» [32, с. 76–77].

Римської республіки саме значення міста – згідно формули архаїчного Римського права *Civis sum Romanus* – стало парадигматичним⁸. Відмінність римського *civitas* від грецького *polis* власне і полягала у сакралізації приналежності до міської громади. Ці обидва терміни означали не просто політичне утворення, а містили чітку семантичну відсилку на громадський спосіб життя, «цивілізованість» майже в сучасному сенсі цього терміну. Власне аристотелівський *zoon politikon* – це істота, «придатна для життя у полісі» [35, с. 40]. Ця ж традиція була успадкована Римом, в якому місто стало джерелом і права, і чеснот, і легітимності. *Civitas* виступив в якості інструменту державного будівництва та однією з основних підвалин римського суспільства⁹. При цьому *civitas* розглядався як одна з форм *res publica*¹⁰.

Бургундський термін *policie*, як власне і подібні до нього *civilité*, *cultivité*, *police* або *politesse* постає як поняття, пов'язане з обов'язком правителя щодо упорядкування громадського життя, підтримки порядку і безпеки. У часи, коли не існувало публічної сфери в сучасному розумінні, це поняття охоплювало безліч питань, пов'язаних з повсякденним життям середньовічної громади, від регламентування одягу і етикету, торгівлі, управління господарством до боротьби зі злочинністю, придушення повстань і збору податків. Таке еkleктичне ставлення не було суто новим винаходом. Так в настановах Св. Мартіна, архієпископа м. Брага, від 579 року «*De correctione rusticorum*» містилася ціла програма поліпшення вдачі селянства Португалії, розроблена на основі приписів різних синодів та соборів [37, с. 52]. Навіть етимологія двох давньофранцузьких слів, що означали ввічливість, чемність – *urbanité* та *politesse* – походить від *urbs* («місто» латиною) та *polis* («місто» грецькою), а їхня протилежність – *rusticité* – від *rus*, тобто сільська місцевість [37, с. 92].

Це обумовило виникнення з XII-XIII ст. двох пов'язаних напрямів в середньовічній політичній думці: (1) численних підручників з правил поведінки, таких як «*Liber Urbani*» та «*Facetus*» в Англії, «*Der Wälche Gast*» Томаса з Церклера та «Поема» Тангейзера в Німеччині, «*Traité de courtoisie*» Бонвезіно далла Ріва в Італії тощо [37, с. 223], та (2) посібників з управління (напр. *speculum* як жанр середньовічної літератури [див. 38], до якого належали «*Furstenspiegel*»,

⁸ До речі термін «цивілізація» походить від латинського слова *civilis* – «те, що стосується громадян», «громадянський», «міський» – прикметника від слів *civis* («громадянин», «мешканець міста») та *civitas* («місто», «міська громада»).

⁹ До речі, слід зазначити, що власне Рим як державне утворення називався не *civitas*, а *urbs* (власне – місто) [див.: 21, с. 116].

¹⁰ На відміну від наших сучасних уявлень давньоримське поняття *res publica* не передбачала певної політичної форми правління (напр. демократії). *Res publica* – це була персоніфікація міста Рима, спільноти громадян, що розглядалася як суб'єкт юридичних відносин, та яка вимагала певного політичного устрою, що ґрунтувався б на вимогах права [21, с. 116].

Ця відокремленість міста в космологічних уявленнях залишалася визначальною і в християнські часи, зокрема в патристиці, найвідомішим свідченням чого є праця Св. Августина «*De civitate dei*», в якій він використовує концепцію *civitas* для окреслення своєї головної антитези (*civitas terrena* або град земний та *civitas dei* тобто град божий). Св. Августин, власне не був першим, хто використав протиставлення духовних *civitates* в християнській апологетиці. Так Тіконій, праці якого вплинули на Св. Августина, використав таке протиставлення для опису ситуації в самій церкві, пов'язавши тему *civitas* з протиставленням Срусалима та Вавилона [36, с. 274].

«*Sachsenspiegel*», «*Speculum maius*» Вікентія з Бове, тощо. Саме в цій царині посібників з управління постає жанр *Hausväterliteratur* (посібників з ведення господарства) [39], а згодом – твори Жана Бодена, Теодора Беза, герцога де Рогана, Макіавеллі (твір Макіавеллі «Государ» у першому виданні німецькою мовою 1694 року мав назву «*Machiavelli's Policei*» [30, с. 3; 16]). Саме в цьому дискурсі – моральних і політичних настанов правителям щодо управління, ведення господарства і державних справ – виникає термін *police*.

Ця течія суспільної думки пізнього Середньовіччя виходила з розуміння мистецтва правління як управління домогосподарством, де государ виступає в якості *patria potestas*, а держава – як *oikos* в сенсі творів Ксенофонта і Аристотеля. Навіть в просвітницькому XVIII ст. Вільям Блекстоун у своєму «Коментарі до англійських законів» поєднує поняття «*public police*» та «*oeconomy*», визначаючи їх як «належне регулювання і внутрішній порядок королівства, в якому індивіди держави, як члени добре урядованої сім'ї, зобов'язані дотримуватись в своїй повсякденній поведінці правил пристойності, добросусідства і добрих манер та бути пристойними, працелюбними і незавадними у своїх справах» [40, с. 106–107]. Юстус Крістоф Дітмар в своєму трактаті 1727 року «Вступ до економічної, поліційної і камеральної науки» виділяв в *Polizei* три великі підрозділи: (1) *cameralia* наука про управління особистими володіннями государя; (2) *oeconomica* – наука про управління виробництвом та (3) *Polizeisachen* – наука про збереження держави [28, с. 12]. Для Йогана фон Юсті *Polizei* становило першу частину *Oekonomie* держави, а його теорія мала визначати характер політичного управління економікою, включаючи оподаткування і добичу копалин¹¹.

Ідеологія управління державою, закладена в моральних і політичних настановах правителям та *Polizeiordnungen* (поліційних ордонансах) імператорів Священної Римської імперії та німецьких князівств і вільних міст ґрунтувалася на концепції *caveat dominus* (лат. – «нехай господар подбає» [41, с. 128; 42, с. 143]) – розуміння ролі і функції правителя як голови великого домогосподарства, що має забезпечити *gute Polizei* (усунення і виправлення безладу, регламентування, заохочення і запровадження настанов і заходів задля збереження і підтримки «добропорядку»). Як зазначає Роланд Акстманн, «Протягом XVI ст. цей термін почав використовуватися у все більш широкому значенні, що позначало основні завдання уряду: органи влади стверджували свою загальну компетенцію щодо боротьби проти всіх соціальних розладів, щодо яких чинне право і звичай не могли дати ради» [29, с. 40].

В цьому сенсі *Polizeiordnungen* становили новий масив законодавства, що створював нову власну систему, відмінну від традиційного середньовічного права і звичаю. Поліційні ордонанси ґрунтувалися і послуговувалися іншою легітимністю: на відміну від традиційного права, що не «приймалося» чи «запроваджувалося», а вважалося таким, що завжди існувало і «відшукувалося», «формулювалося» і «підтверджувалося» сувереном в ході реалізації його сакральної функції забезпечення *rex et*

¹¹ Як зазначає Марк Неоклеус, «В певному сенсі це поняття оесоміє не є відмінним від того, що пізніше стане буржуазною політичною економікою: для фон Юсті оесоміє – наука, що «стосується благ і прибуткової діяльності приватних осіб». В той же час це розуміється як «велике управління державою», як діяльність, спрямована на утримання і примноження ресурсів держави» [28, с. 13].

iustitia (миру і справедливості), *Polizeiordnungen* перетворювали суверена на *legum conditor* («засновника законів», законодавця).

Імперські *Polizeiordnungen* 1530, 1548, 1577 років, а також поліційні ордонанси німецьких князівств і вільних міст, дають уявлення, наскільки широкою розумілася концепція *Polizei* як «добропорядку». Ці документи встановлювали детальне регулювання щодо того, хто міг як одягатися, які прикраси носити, які витрати мали бути на весілля, хрестини, похорон, визначали покарання за богохульство і знахарство, подружню зраду і співмешкання без шлюбу, торгівлю поза межами ринку і монополії, забороняли лихварство, шахрайство і фінансові зловживання, встановлювали покарання за образу і наклеп, тощо [29, с. 42]. Як підсумовує Роберт Скрібнер у відношенні *Polizeiordnungen* Вюртембергу, ці документи містили положення, що можуть бути класифіковані за трьома великими групами питань: (1) регулювання торгівлі, (2) насадження соціальної дисципліни та (3) регулювання «загального блага» [43, с. 108]. Вже в працях Франсіско Суареса латинизований термін *politia* використовується як синонім *regimen* та *gubernatio* (урядування) [44, с. 749, fn. 16], а Адам Сміт в своїх «Лекціях про юриспруденцію» розумів під терміном «*police*» всю внутрішню політику держави [45, с. 486–487].

В період абсолютизму на основі цих поліційних повноважень суверена держава закріпила за собою загальну компетенцію щодо забезпечення «добропорядку» в суспільстві. В цьому, власне, полягає відповідь на питання, чому на відміну від англійської мови, де є чітке відокремлення «*policy*» (в сенсі державної політики, політики в управлінні, засад здійснення певної діяльності) та «*politics*» (в сенсі сфери суспільної діяльності), у французькій, німецькій та українській мовах є лише один термін – «політика» (фр. – *politique*; нім. – *Politik*). В європейських континентальних державах XVII–XVIII ст., що вибудовувалися відповідно до чіткої парадигми ієрархії і централізації, всі ті аспекти, що в англійській мові означаються *police*, *policy* та *politics*, розглядалися як єдине і неподільне ціле для означення влади держави щодо забезпечення добробуту і добропорядку. Як зазначає Арнольд Гайденгаймер, «Тією мірою, якою абсолютистські держави утверджували внутрішній мир і безпеку під ярликом *Policey*, вони опинялися у ситуації, у якій всередині держави була буквально одна *Policey* і жодної *Politik*...» [30, с. 14].

Парадигма *caveat dominus* визначила на європейському континенті становлення модерної держави, в якій концепція *police* охоплювала всі аспекти внутрішньої політики, включаючи освіту, мораль, релігію, охорону здоров'я, безпеку, громадський порядок, боротьбу зі злочинами, промисловість, торгівлю, інфраструктуру, природні ресурси, тощо. В цьому сенсі ця концепція розумілася тотожною суверенітету. Як визначив Верховний Суд США в 1847 році, «Що таке поліційні повноваження держави? Це є нічим іншим, ніж повноваженнями уряду, притаманними суверенітету у всіх його володіннях. І коли держава приймає закон про карантин, або закон про покарання за злочини, або утворює суди або вимагає, щоб певні документи були у письмовій формі, або регулює торгівлю в своїх кордонах – у всіх цих випадках вона здійснює ті ж самі повноваження, тобто суверенні повноваження, владу управляти людьми і речами в межах своїх володінь» [46].

Саме в такому сенсі Томас Джефферсон запропонував назву кафедри «Law and Police» в Університеті Вільяма і Мері (Вірджинія) в 1779 році, яку більш адекватно слід перекладати як «Право і управління державою». Це розуміння залишається чинним і зараз в конституційній юриспруденції Верховного Суду США («Традиційно поліційні повноваження штатів визначаються як повноваження щодо забезпечення громадського здоров'я, безпеки і моралі») [48].

В період Великих революцій XVIII ст. з народження модерної держави з її бюрократичним апаратом, законодавством і відокремленням публічної і приватної сфер життя термін *police* в його початковому значення виходить з ужитку – замість нього в XIX ст. в науковому і юридичному обігу в англійській і французькій літературі використовується термін «*administration*», який в середині XX ст. поступається іншому терміну «*government*» [49, с. 557].

Концепція *Polizeistaat* має безпосереднє відношення до виникнення концепції *Rechtsstaat* (континентального подібника англійського *the rule of law* – правовладдя), яка виникає як протиставлення *Polizeistaat* [50, с. 84]. Це протиставлення досить наочно простежується вже в працях Роберта фон Моля, який сформулював і розвинув цю концепцію в 1829 році¹², Фрідріха Штала, Рудольфа Гнайста.

Цей процес слід розглядати в ширшому контексті становлення модерної держави, коли парадигма *caveat dominus*, згідно якої влада монарха розумілася за аналогією влади голови домогосподарства, поступається концепції народного суверенітету, народовладдя, в основі якої була покладена ідея політичної спільноти рівних і автономних громадян. *Rechtsstaat* в цьому сенсі виступає як заперечення моральної монополії держави на визначення і розуміння «добропорядку»: парадигма *ratio*, людини розумної, сформована в епоху Просвітництва, постулювала індивіда як автономну особистість, що здатна до незалежного самовизначення. Концепція *caveat dominus*, яка ґрунтувалася на чіткому розрізненні між правителем і тими, ким управляють, стала несумісною з концепцією народного суверенітету і новим баченням держави як політичної спільноти рівних самоврядних громадян.

Принципи *nullum crimen*: становлення *ultima ratio*. Період Великих кодифікацій кінця XVIII – початку XIX ст., що став періодом фрагментації і маргіналізації *caveat dominus*, став визначальним не тільки для становлення ідеї *Rechtsstaat* – саме в цей формаційний період відбувається становлення і концептуалізація системи основоположних принципів *nullum crimen*, що стали засадничими для сучасного кримінального права і з яких в другій половині XX ст. постане *ultima ratio*.

Важко переоцінити вплив концепції *police* на вироблення і становлення принципів *nullum crimen*, хоча сучасна наука історії права загалом і історії кримінального права зокрема обходять це питання, сприймаючи ідеї і концепції Ф. Суареса,

¹² Згідно концепції фон Моля, *Rechtsstaat* складається з трьох елементів: по-перше, урядовий порядок є наслідком волевиявлення вільних, рівних і раціональних індивідів, що складають політичну спільноту; по-друге, метою урядового порядку має бути свобода, безпека і добробут індивідів, хоча ця мета також включає ті функції *Polizei*, що встановлюють рамки регулювання і захисту цих благ; по-третє, держава має бути раціонально організована, що включає відповідальне урядування, незалежність суддів, парламентське представництво, управління за допомогою права і визнання основоположних громадянських свобод [див. 51, с. 318; 52, с. 49–50].

Т. Гоббса, Дж. Лока, Ш. Монтеск'є, Ч. Беккарія, поза контекстом дискусії серед мислителів Просвітництва щодо цього феномену. Саме через заперечення вибудови абсолютистської держави на основі концепції *police*, через необхідність обмеження влади певними раціональними рамками, через заперечення широкої дискреції держави і її агентів, їх свавілля, постає ідея певних зрозумілих, загальних і засадничих рамок для обмеження каральної влади держави. Концепція *police* оперувала прерогативними повноваженнями суверена і казуальними настановами. Тому необхідність виведення зрозумілих і чітких принципів для обмеження *police* в кінцевому підсумку призвела до виокремлення кримінального права з цієї концепції, що стало наочним в період Великих кодифікацій кінця XVIII – початку XIX століть.

Перше системне формулювання принципів *nullum crimen* і введення їх в науковий і практичний обіг здійснив Пауль Йоган Анзельм фон Фейербах. В 1801 році він сформулював «головну засаду» кримінального права: «Кожне правомірне покарання в державі є правомірним наслідком закону, що ґрунтується на необхідності збереження прав інших і загрожує за порушення прав суттєвим злом» [53, с. 19, § 19]¹³.

З цього «мета-принципу» він виводив три додаткові принципи: (1) *nulla poena sine lege* (немає покарання без закону), (2) *nulla poena sine crimine* (немає покарання без злочину), (3) *nullum crimen sine poena legali* (немає злочину без законного покарання) [53, с. 19–20, § 20].

В 1813 ці принципи були закріплені в Кримінальному кодексі Баварії [54, с. 14]. Згодом цей перелік був доповненим в різні час також (4) *nullum crimen sine lege* (немає злочину без закону), (5) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (немає злочину і покарання без заздалегідь встановленого закону), тобто цей принцип забороняє ретроактивну дію кримінального закону, (6) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (немає злочину і покарання без писаного закону), тобто кримінальна відповідальність має бути передбачена виключно законом, (7) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (немає злочину і покарання без визначеного закону), тобто склад злочину і кримінальна відповідальність за нього мають бути чітко визначені; (8) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (немає злочину і покарання без строгого закону), це є заборонаю аналогії та розширеного тлумачення в кримінальному праві [55, с. 28–29].

І вже радянське кримінальне право додало до цього переліку ще один принцип: (9) *nulla poena sine periculo sociali* (немає покарання без суспільної небезпеки) [16]¹⁴.

І хоча «головна засада» кримінального права Фейербаха швидко зникла з наукового дискурсу, похідні від неї принципи *nullum crimen* залишаються визначальними для сучасного кримінального права під новим «мета-принципом» – принципом законності [див. 57, с. 57; 11, с. 23; 58, с. 27; 55, с. 1].

Ці латинізми, сформульовані з претензією на історичне минуле і походження з римського права, насправді були «новомовою» епохи Великих кодифікацій.

¹³ Разом з тим, з його праці не ясно, яким чином він вивів цю засаду (обґрунтування в цій праці зводиться лише до «з пояснення нашого можна вивести наступну головну засаду кримінального права...»). Однак дослідження цього питання «головної засади» наразі є суто питанням історичної науки – після Фейербаха ця «головна засада» швидко зникає з наукового дискурсу, а принципи *nullum crimen* набувають самостійного значення і розвитку.

¹⁴ Власне подібний критерій – «шкода суспільству» – зустрічається ще у Чезаре Беккарія, в його класифікації злочинів [56, с. 24].

Фейербах виводив їх з природного права, послуговуючись латиною як *lingua franca* часів Просвітництва. Однак в тій чи іншій мірі ще до класифікації Фейербаха певні елементи цих принципів *nullum crimen* можна знайти в пруському *Verbessertes Landrecht* 1721 року, шведському Законі Королівства 1734 року, баварському *Codex juris criminalis* 1751 року та австрійських *Constitutio Theresiana* 1769 року і *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen* 1787 року [54, с. 12]. Принаймні сучасні історики кримінального права виводять такі елементи з непевних формулювань цих кодифікаційних текстів. Чезаре Беккарія в своєму трактаті «Про злочини і покарання» 1764 року, критикуючи середньовічний спадок *ius commune*, також обстоював ідею, що «...лише закони можуть встановлювати покарання за злочини і ця влада належить виключно законодавцю, який представляє все суспільство, об'єднане суспільним договором» [56, с. 12]. Власне впливом Беккарія можна пояснити, чому перші принципи фон Фейербаха стосувалися покарання (*nulla poena*), а не злочину як такого.

Під час кодифікації баварського кримінального права Пауль Фейербах обстоював ідею двох категорій караних діянь – злочинів і поліційних порушень (*contravention de police*), однак в ході роботи над проектом кодексу погодився на французьку модель з трьох категорій – злочинів, деліктів і порушень. З теоретичної точки зору такий поділ обґрунтовувався концепцією юридично захищених благ (*Rechtsverletzung*) [59, с. 67]. Це дозволило декриміналізувати знахарство, богохульство, деякі діяння сексуального характеру. Однак спроба системної кодифікації поліційних порушень виявилась неможливою, адже у цій сфері жорсткі рамки принципів *nullum crimen* виявилися явно непридатними. І Фейербах і уряд Баварії погодилися, що всі ці правопорушення мають бути винесені поза рамки кримінального кодексу і включені до окремого кодексу поліційних порушень [59, с. 67].

З першими модерними кодифікаціями кримінального права відбувається виокремлення з *caveat dominus* концепції криміналізації як *ultima ratio* і, як наслідок, виокремлення кримінального від некримінального. Феномен криміналізації постає як логічний елемент і наслідок *police* як суверенітету. І коли Американська революція мала за ідеал «урядування законами» (*rule by law*) на противагу колоніального «персонального урядування» (*personal government*), мислителі Просвітництва на європейському континенті обстоювали ідею правової держави, тобто держави, що керується законами (що згодом стало розумітися як *Rechtsstaat*) на противагу ідеї *Polizeistaat*. Поява принципів *nullum crimen*, тому, може бути концептуалізована як спроба вирішення проблеми легітимності державної влади в рамках парадигми Просвітництва.

Ultima ratio в постмодерному конституціоналізмі. Становлення принципів *nullum crimen*, по-перше, визначило фрагментарний характер кримінального права і, як наслідок, стало тим підґрунтям, на якому розвинулася концепція *ultima ratio*. Ця концепція означає, що криміналізація діяння може тільки тоді бути правомірною і обґрунтованою, коли інші засоби вирішення соціальної проблеми (за допомогою інструментарію адміністративного, цивільного, господарського права, тобто через некримінальні санкції чи регулювання) не є ефективними. Іншими словами, в її основі лежить розуміння субсидіарного характеру кримінально-правового регулювання, його «фрагментарний» характер.

Сам термін *ultima ratio* в контексті криміналізації і кримінального права з'являється в обігу наприкінці XIX ст. Ця концепція вперше була використана Антоні Моддерманом, міністром юстиції Нідерландів під час парламентських дебатів щодо проекту нового Кримінального кодексу в 1880 році: відповідаючи на питання парламентарів міністр зазначив, що кримінальне право має бути останнім засобом (*het laatste redmiddel*) при вирішенні різних проблем у суспільстві [60, с. 2].

Введенням в конституційний дискурс цього терміну ми завдячуємо Федеральному Конституційному Суду ФРН, який в рішенні у справі про аборти 1975 року виклав позицію, згідно якої «Якщо захист, передбачений Конституцією, не може бути забезпечений у будь-який інший спосіб, законодавець може бути зобов'язаний звернутися до інструментарію кримінального права для захисту життя, що розвивається. Кримінальна норма являє собою «*ultima ratio*» в інструментарії законодавчого органу. Відповідно до принципу пропорційності, що є частиною правовладдя і скеровує все публічне право, включаючи конституційне, він може використовувати ці засоби тільки у обережний і обачний спосіб» [61].

В рішенні 1993 року у другій справі про аборти Федеральний Конституційний Суд також підтвердив, що «В силу особливої інтенсивності втручання кримінальне право не повинно бути основним засобом юридичного захисту. Кримінальне право є *ultima ratio* такого захисту» [62, с. 391].

В іншому рішенні 2008 року у справі про конституційність кримінальної відповідальності за інцест Федеральний Конституційний Суд сформулював більш детально концепцію *ultima ratio* [63]. Підтвердивши, що «Кримінальне право використовується як «*ultima ratio*» захисту юридичних благ (*Rechtsgüterschutzes*), коли певне діяння, що порушує його заборону, є особливо соціально шкідливим і неприйнятним для впорядкованого співіснування людей, запобігання такому діянню є надзвичайно важливим», Конституційний суд вказав: «В силу соціально-етичного визначення неприпустимості, закладеного в погрози покарання, його присудженні і виконанні, заборона надмірності як мірило для перегляду кримінальної норми має особливе значення» [63]. Визнавши, що законодавець у принципі вільний визначати, чи слід запроваджувати захист певного юридичного блага (*Rechtsgut*), що на його погляд є необхідним, за допомогою інструментарію кримінального права, та яким чином це має здійснюватися, Суд визначив три конституційні критерії, що мають скеровувати криміналізацію: (1) кримінальне положення повинно бути придатним (тобто може сприяти досягненню очікуваних результатів) і необхідним для досягнення визначеної мети (тобто немає іншого настільки ж ефективного, але менш обтяжливого для основоположного права засобу); (2) повинні бути збережені межі розумності для адресатів заборони (пропорційність у вузькому сенсі) – в сфері кримінальної відповідальності принцип вини (*Schuldprinzip*) і принцип пропорційності вимагають, щоб тяжкість злочину і вина порушника знаходилися у справедливому співвідношенні до санкції [63].

Ultima ratio, таким чином, є формою застосування конституційного принципу пропорційності в сфері кримінальної юстиції¹⁵. З цього підходу можна вивести чотири критерії оцінки конституційності положень, що криміналізують певне діяння:

- легітимність мети: криміналізація діяння повинна переслідувати легітимну мету;
- придатність: кримінальне положення повинно бути придатним для досягнення легітимної мети (здатним забезпечити таке досягнення);
- необхідність: інші правові заходи є неефективними чи непридатними для досягнення такої мети (пропорційність в широкому сенсі);
- пропорційність у вузькому сенсі: тяжкість кримінального діяння і вина повинні справедливо співвідноситися з санкцією.

Другий момент, який впливає з концепції *ultima ratio* та принципу поділу влади, полягає в тому, що питання криміналізації діяння належать до виключної компетенції законодавця. Органи конституційної юрисдикції не можуть абстрактно визначати, які діяння можуть бути криміналізовані, а які ні. Їхня компетенція обмежена лише питанням, чи дотримався законодавець конституційних меж, стандартів і критеріїв. Як зазначає Адан Мартін, «Основна ідея, що судді повинні бути дещо поступливими або поблажливими щодо законодавчих органів, ґрунтується на декількох засадах. По-перше, законодавчі органи представляють народ, що надає їм певну свободу розсуду чи дискреції. По-друге, слід зазначити, особливо, що стосується ЄСПЛ, що національний законодавець знаходиться у кращому становищі, аніж європейський суддя, щодо оцінки необхідності у запровадженні відповідних заходів, оскільки він має більше розуміння цього питання. Третя засада стосується відсутності емпіричних даних, що підтверджують ефективність положень кримінального законодавства» [64, с. 31].

Дискреція законодавця в сфері криміналізації у поєднанні з вимогами *ultima ratio* ведуть до застосування у підходах конституційного контролю презумпції конституційності *iuris tantum*¹⁶: положення кримінального закону презумується конституційним, допоки не спростований хоча б один з критеріїв *ultima ratio*.

В практичній площині положення кримінального законодавства мають розглядатися як обмеження конституційних прав і свобод, тому оцінка конституційності кожного окремого положення має відбуватися відповідно до конституційних стандартів такого обмеження [66, с. 12].

Ці конституційні стандарти оцінки конституційності кримінального закону дають певне розуміння критеріїв криміналізації в демократичному суспільстві. Однак,

¹⁵ В англосаксонському праві аналогом *ultima ratio* є принцип мінімальної криміналізації (*principle of minimum criminalization*): «Цей принцип ... полягає в тому, що сфера дії кримінального права має бути зведена до мінімуму ... Сенс цього полягає не у тому, щоб звести кримінальне право до абсолютного мінімуму, а у тому, щоб забезпечити, що звернення до криміналізації мало б місце тоді, коли необхідно захистити індивідуальну автономію чи захистити ті соціальні устої, що є необхідними для забезпечення здатності і спроможності індивідів здійснювати свою автономію... Навіть коли вбачається теоретично обґрунтованим криміналізувати певне діяння, таке рішення не повинно прийматися без урахування оцінки можливого впливу криміналізації, її ефективності, побічних наслідків і можливості вирішення проблеми за допомогою інших форм регулювання і контролю» [57, с. 67–68].

¹⁶ Щодо презумпції *iuris tantum* див.: [65, с. 368–369].

вони є недостатніми для відповіді на питання яке діяння має бути криміналізоване і чому. Оцінка конституційності відповідає лише на питання, чи правомірно вчинив законодавець, але питання як він мав вчинити, якими критеріями мав керуватися залишається в сфері розсуду законодавця.

Поняття криміналізації. Звернення до інструментарію кримінального права з боку законодавця є, певною мірою, формою «простого рішення»: криміналізація діяння не вимагає додаткових бюджетних витрат, глибокого аналізу соціального впливу і сприймається як ефективний популістський прийом в боротьбі за голоса виборців (або «кримінальний популізм» – *penal populism* [67, с. 7]). Як зазначає Нільс Йареборг, «Криміналізація регулярно використовується як перший засіб (*sola ratio*), частково тому що нова криміналізація не вимагає безпосередніх витрат, що мають бути враховані у бюджетних запитах органів кримінальної юстиції» [18, с. 524]. В теорії такого не повинно бути. Діяльність законодавця у такій чутливій для конституційних прав і свобод сфері як криміналізація повинна відповідати певним принципам і стандартам.

Згідно класичного для вітчизняної кримінально-правової науки визначення, криміналізація – «загальне поняття, що охоплює як процес, так і результат визначення видів діянь злочинними і кримінально-караними» [68, с. 17; 69, с. 20; 3, с. 209]. Як процес вона включає виявлення цілей, підстав і можливостей встановлення кримінальної відповідальності за діяння, що закріплюється у відповідному кримінальному законі. Результат в свою чергу означає сукупність норм кримінального права, що закріплюють склади кримінальних правопорушень і відповідні санкції за їх вчинення, а також підстави і умови притягнення до кримінальної відповідальності чи звільнення від неї [68, с. 17].

Без належної теорії криміналізації кримінальне законодавство сучасної держави стає жертвою «огучної надмірної криміналізації» («*rampant overcriminalization*») [1, с. 535] або «інфляції кримінального права» [18, с. 524]. Теорія криміналізації, як зазначає Дуглас Гусак, є саме «нормативними рамками для розрізнення між тими кримінальними законами, що є виправданими, і тими, що такими не є» [1, с. 3].

За останні 150 років в теорії кримінального права склалося п'ять основних підходів до питання криміналізації [70, с. 2]:

(1) **принцип шкоди** (*the harm principle*). Цей підхід, сформульований Джоном Стюартом Міллем, полягає в тому, що держава може легітимно криміналізувати діяння, яке спричиняє шкоду іншим, або створює неприйнятний ризик настання такої шкоди. Як писав Мілль, «єдиною метою, задля якої влада може бути легітимно здійснена по відношенню до будь-якого члена цивілізованої спільноти проти його волі, є попередження шкоди іншим» [71, с. 80]. Цей принцип, власне став наслідком становлення принципів *nullum crimen* як обмеження каральної функції модерної держави, адже його головний посыл полягав в тому, щоб обмежити сферу кримінального права, вилучивши з-під його дії діяння, що хоча і вважаються аморальними чи з інших причин неприйнятними, але не спричиняють шкоди іншим [72, с. 114]. Однак цей принцип при ближчому аналізі виявляється досить релятивним і непрактичним: «... «шкода» вже сама по собі морально забарвлена (і суттєво оспорювана) концепція» [73, с. 29].

(2) **юридичний патерналізм**. Цей підхід є різновидом принципу шкоди, адже включає такий аспект як попередження шкоди собі: «... коли філософ, такий як Гарт чи Раз стверджують, що як шкода іншим, так і шкода, спричинена самому правопорушнику, має значення при прийнятті рішення про криміналізацію, цей підхід може вважатися версією більш широкого принципу шкоди...» [70, с. 18].

(3) **принципи правопорушення** (*the offense principle*). Цей підхід, у викладенні Джоела Фейнберга, полягає в тому, що «Завжди переконливим аргументом на підтримку пропонованої криміналізації є той, що такий крок вірогідно буде ефективним способом попередження серйозних правопорушень (у порівнянні з аргументами щодо шкоди) ... та що ймовірно це є необхідним засобом досягнення цієї мети (тобто ймовірно немає рівного за ефективністю засобу, але з меншими втратами для інших цінностей)» [74, с. 1]. Іншими словами, цей підхід виходить з того, що попередження шкоди не є єдиним легітимним обґрунтуванням криміналізації. Однак концепція серйозних правопорушень при більш детальному аналізі повертає нас до понятійного апарату принципу шкоди [70, с. 54-55; 75, с. 23].

(4) **юридичний моралізм**. Цей термін ввів в обіг Герберт Гарт [76, с. 6], хоча засади цього підходу були сформульовані раніше сером Джеймсом Стівеном (1874) [77], лордом Девліном (1963) [78] та іншими. Під цим терміном розуміють декілька концепцій, пов'язаних однією наскрізною ідеєю. Так Артур Кафлік визначає юридичний моралізм як «підхід, згідно якого те, що є моральною вимогою має становити і юридичну вимогу: належна функція права полягає у забезпеченні моралі як такої» [79, с. 185]. Згідно Майкла Мура, «... теоретик юридичного моралізму вважатиме ..., що попередження діяння, що не завдає шкоди нікому, але тим не менш є морально неправильним ... є необхідним ...» [80, с. 68-69], тому «аморальність поведінки становитиме достатню підставу для обґрунтування кримінального закону» [80, с. 645]. В основі юридичного моралізму закладена концепція позитивної функції злочину Еміля Дюркгейма: діяння є злочином не само по собі, а в силу суспільної реакції на таке діяння, яка в свою чергу сприяє соціальній солідарності [81, с. 79-80]. Більше того, злочин є питанням моралі, адже за визначенням він є посяганням на почуття колективної свідомості групи. Цей вплив особливо простежується в роботі лорда Делвіна. Згідно його позиції (1) суспільство може за допомогою права убезпечити себе від розпаду [78, с. 11-13]; (2) єдність суспільства ґрунтується на «спільних уявленнях про політику, мораль і етику» [78, с. 10], без яких немає єдності групи як суспільства; (3) певні форми аморальної поведінки (напр., аборти, полігамія, евтаназія, гомосексуалізм, інцест, садизм) становлять загрозу спільним уявленням про мораль і згуртованості суспільства [78, с. 13]; (4) захист спільних моральних уявлень за допомогою права є необхідним засобом збереження суспільства [78, с. 13]. Юридичний моралізм, незважаючи на свою простоту і привабливість, не вирішує, власне, саму моральну дилему – що вважати моральним в демократичному суспільстві з його парадигмою плюралізму і розмаїття, а що аморальним і таким, що виправдовує криміналізацію. Цей підхід, як вбачається, є досить виправданим з точки зору чистої теорії для тоталітарних суспільств, але його застосування до демократичного суспільства висвітлює його релятивізм і суб'єктивізм.

(5) **дигнитарний принцип** (*the dignity principle*). Цей підхід розвинувся в рамках постмодерного конституціоналізму з його наголосом на людській гідності [82; 83, с. 307–325; 84, с. 291–345], але філософським підґрунтям цього розвитку був і залишається юридичний моралізм. На відміну від юридичного моралізму, цей підхід виходить з того, що найважливішим фактором при прийнятті рішень про криміналізацію з моральної точки зору є кантіанська ідея унікальної цінності кожної особистості, її гідності. Теоретики цього підходу обґрунтовують ідею, що слід відмовитися від традиційних концепцій криміналізації на користь кантіанського дигнитарного принципу криміналізації, тобто «концепції, що основною метою кримінального права є захист унікальної моральної цінності кожної людини» [82, с. 150]. Цей принцип виводиться з другого формулювання категоричного імперативу Іммануїла Канта: «Дій лише так, щоб ти завжди відносився до людства, будь-то у своїй особі, будь-то в особі всякого іншого, не як до засобу для досягнення мети, а завжди як до мети» [85, с. 230]. Для представників цього підходу цей принцип не є просто одним серед багатьох моральних принципів – аморальність в кінцевому підсумку становить порушення цього категоричного імперативу: «вся мораль походить від одного засадничого принципу – категоричного імперативу – який, забороняючи поводитися з людьми як з засобами, а не метою, відтворює зміст чи значення визнання гідності за людьми» [82, с. 160]. Тому головна мета кримінального права – захищати гідність (унікальну моральну цінність) кожного індивіда за допомогою криміналізації діянь, в яких індивід стає засобом, а не метою [70, с. 98].

Ці теорії сфокусовані на понятті кримінального правопорушення, але в силу такого фокусу залишають поза увагою ширший контекст характеру і мети кримінального права. Теорія криміналізації має дати відповідь на питання, що робить цю галузь саме кримінально-правовою, що є відмінною рисою цілей кримінального права. Адже як зазначає Маркус Даббер, «Це означає, що розгляд питання криміналізації вимагає не просто розгляду *simpliciter* злочину, але права взагалі і кримінального права як його частини» [86, с. 191].

Висновки. Криміналізація має чіткий конституційний вимір – недаремно сучасні концепції конституції і кримінального права постають одночасно на зламі XVIII–XIX століть, у період становлення модерної держави.

Конституційні стандарти оцінки конституційності кримінального закону дають певне розуміння критеріїв криміналізації в демократичному суспільстві, хоча вони є недостатніми для відповіді на питання яке діяння має бути криміналізоване і чому. Концепція *ultima ratio*, тому, становить скоріш етичну вимогу до законодавця, аніж нормативний принцип, що здатен визначати межі законодавчої дискреції. Однак, якщо змістити фокус аналізу з дискреції на мету застосування засобів кримінальної політики для захисту конституційних цінностей чи благ, ця концепція набуває певних ознак мета-принципу криміналізації, з якої логічно постає подальша проблематика науково-практичного дослідження, як-то конституційний обов'язок криміналізації *vis-à-vis* конституційного обов'язку утриматися від криміналізації.

З такої точки зору слід вибудовувати теорію криміналізації, фокусуючись не на діянні як такому, а на меті. Такий аналітичний підхід, певною мірою, повертає

нас до вихідної точки виникнення кримінального права – концепції *police* як забезпечення добропорядку в суспільстві і концепції справедливості. Кримінальне право, відокремившись від *police* в ході Великих революцій і раціоналізації державного управління, не було позбавлене своєї парадигматичної мети – забезпечення умов існування громадянського суспільства [87, с. 207]. Іншими словами, кримінальне право не має незалежної мети, іншої ніж мета нормативного правопорядку загалом. Як зазнає Ліндсі Фармер, «... основним питанням є те, що криміналізація не має сенсу в ізоляції від сучасного характеру інституту кримінального права» [88, с. 97].

Другий важливий момент – публічність, про яку йшлося вище: кримінальне право одночасно виконує публічну функцію захисту (забезпечення безпеки індивіда від *imperium* та *dominium*) і є публічним правом, що опікується захистом і підтриманням юридичних благ (*Rechtsgüter*).

Третій момент – кримінальне право не є тотожним моралі чи моральним законам. Воно є політичною інституцією держави. Тому теорія криміналізації не може бути універсальною – вона залежить від політичної концепції держави і суспільства і визначається через поняття ролі, яку кримінальне право має відігравати у конкретній політії [67, с. 5]. Тома має сенс говорити про демократичну, авторитарну чи тоталітарну теорії криміналізації.

Література

1. Husak D. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. 231 [xi] p.
2. Гацелюк В. Криміналізація суспільно небезпечних діянь протягом дії Кримінального кодексу України 2001 року: останні сюжети на фоні загальної палітри законодавчих рішень. Київ : ВАІТЕ, 2021. 228 с.
3. Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110-2 КК України). *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 4. С. 209-214.
4. Дудоров О., Хавронюк М. Кримінальне право. Київ : ВАІТЕ, 2014. 944 с.
5. *The German Criminal Code A Modern English Translation*. (transl. by Michael Bohlander). Oxford and Portland : Hart Publishing, 2008. 191 p.
6. Dressler J. *Understanding Criminal Law*. 4th edn. Newark : LexisNexis, 2006. 656 p.
7. Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики. Москва : Изд. Военной коллегии Верх. Трибун. ВЦИК, 1922. 26 с.
8. Уголовный кодекс РСФСР. Москва : Юридическое изд-во НКЮ СССР, 1938. С. 223.
9. Packer H. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968. 385 [xi] p.
10. Kelman M. Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law. *Stanford Law Review*. 1981. Vol. 33, No. 4. P. 591–673.
11. Farmer L. *Criminal Law, Tradition and Legal Order. Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present*. Cambridge : Cambridge University Press, 1996. [x] 207 с.
12. Lacey N. Contingency, Coherence and Conceptualism: Reflections on the Encounter between ‘Critique’ and ‘the Philosophy of the Criminal Law’. *Philosophy and the Criminal Law* (A. Duff ed). Cambridge: Cambridge University Press, 1998. P. 9–59.
13. Lacey N. *Philosophical Foundations of the Common Law: Social not Metaphysical*. *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th Series (J. Horder ed). Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 17–40.
14. Halpin A. *Definition in the Criminal Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004. 219 p.
15. Duff A. Introduction. *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique* (A. Duff ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1998. P. 1–8.
16. Dubber M. *Ultima Ratio as Caveat Dominus: Legal Principles, Police Maxims, and the Critical Analysis of Law* (July 3, 2013). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2289479>

17. Melander S. *Ultima Ratio* in European Criminal Law. *Oñati Socio-legal Series*. 2013. Vol. 3. No. 1. P. 42–61.
18. Jareborg N. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*. 2005. Vol. 2. No. 2. P. 521–534.
19. Ristroph A. Responsibility for the Criminal Law. *Philosophical Foundations of Criminal Law* (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 107–124.
20. Crick B. *Democracy: A Very Short Introduction*. Oxford : Oxford University Press, 2002. 143 p.
21. Рулан Н. Историческое введение в право. Москва: Nota Bene, 2005. 672 с.
22. Водяніков О. Демократія і конституція: приховані парадокси. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. 2020. Вип. 87. С. 23–42.
23. Pettit P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997. 352 p.
24. Dagger R. Republicanism and the Foundations of Criminal Law. *Philosophical Foundations of Criminal Law* (R.A. Duff and Stuart P Green eds.). Oxford : Oxford University Press, 2011. P. 44–66.
25. Sellers M. *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*. New York : Palgrave Macmillan, 2003. 211 p.
26. de Vaan M. *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*. Leiden, Boston : BRILL, 2008. 839 p.
27. Liddell H., Scott R. *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press, 1940. 2438 p.
28. Neocleous M. *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*. London, Sterling : Pluto Press, 2000. [xv] 160 p.
29. Axtmann R. “Police” and the Formation of the Modern State: Legal and Ideological Assumptions on State Capacity in the Austrian Lands of the Habsburg Empire, 1500–1800. *German History*. 1992. Vol. 10. No. 1. P. 39–61.
30. Heidenheimer A. Politics, Policy and Policity as Concepts in English and Continental Languages: An Attempt to Explain Divergences. *The Review of Politics*. 1986. Vol. 48. No. 1. P. 3–30.
31. Чарман В. *Police State*. London : Pall Mall Press, 1970. 150 p.
32. Арістотель. Політика. Київ : Основи, 2000. 239 с.
33. An Inventory of Archaic and Classical Poleis. (Mogens Herman Hansen and Thomas Heine Nielsen ed.). Oxford: Oxford University Press, 2004. [xv] 1396 p.
34. Davies J. The ‘Origins of the Greek Polis’: Where should We be Looking? *The Development of the Polis in Archaic Greece* (Lynette G.Mitchell and P.J.Rhodes ed.). London and New York : Routledge, 1997. P. 13–20.
35. Pagden A. Europe: Conceptualizing a Continent. *The Idea of Europe. From Antiquity to the European Union* (ed. by Anthony Pagden). Cambridge et al.: Woodrow Wilson Center Press; Cambridge University Press, 2002. P. 33-54.
36. O’Daly G. *Augustine’s City of God: A Reader’s Guide*. Oxford: Clarendon Press, 1999. 336 p.
37. Ле Гофф Ж. Рождение Европы. Санкт-Петербург: «Александрия», 2007. 398 с.
38. Franklin-Brown M. *Reading the World : Encyclopedic Writing in the Scholastic Age*. Chicago London : The University of Chicago Press, 2012. [xxii] 446 p.
39. Donien J. Hausväterliteratur. *Encyclopedia of Early Modern History Online*. (Graeme Dunphy, Andrew Gow eds.) URL: http://dx.doi.org/10.1163/2352-0272_emho_SIM_020741
40. Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England*. Book IV: Of Public Wrongs. Oxford : Oxford University Press, 2016. [xxxiii] 409 p.
41. Huston C. *The Enforcement of Decrees in Equity*. Cambridge: Harvard University Press, 1915. 222 p.
42. Waite J. Caveat Emptor and the Judicial Process. *Columbia Law Review*. 1925. Vol. 25. No. 2. P. 129–151.
43. Scribner R. Police and the Territorial State in Sixteenth-century Wurttemberg. *Politics and Society in Reformation Europe* (E. I. Kouri and Tom Scott eds.). London: The Macmillan Press, 1987. P. 103-120.
44. Legarre S. The Historical Background of the Police Power. *Journal of Constitutional Law*. 2007. Vol. 9. No. 3. P. 745–796.
45. Adam Smith. *Lectures on Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1978. 654 p.
46. US Supreme Court. *License Cases*, 46 U.S. 504 (1847). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/46/504/>

47. A Bill for Amending the Constitution of the College of William and Mary, and Substituting More Certain Revenues for Its Support, 18 June 1779. URL: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0080>
48. US Supreme Court. *Barnes v. Glen Theatre* 501 U.S. 560, 569 (1991) URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/560/>
49. Hildebrandt M. Governance, Governmentality, Police, and Justice: A New Science of Police? *Buffalo Law Review*. 2008. Vol. 56. No. 2. P. 557–598.
50. Krygier M. Inside the Rule of Law. *Rivista di filosofia del diritto*. 2014. Vol. III. No. 1. P. 77–98.
51. Loughlin M. Foundations of Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010. 515 p.
52. Böckenförde E.-W. State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law. New York : Berg, 1991. 257 p.
53. Фейербах П. Уголовное право. Санкт-Петербург: Медицинская типография, 1810. 122 с.
54. Masferrer A. Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America. *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of its Predominant French Influence.*(Aniceto Masferrer ed.). Cham: Springer, 2018. P. 3–50.
55. Timmerman M. Legality in Europe. On the Principle *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege* in EU Law and under the ECHR. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2018. [xii] 350 p.
56. Beccaria C. On Crime and Punishment and Other Writings. Cambridge : Cambridge University Press, 1995. [xlix] 177 p.
57. Ashworth A. Horder J. Principles of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. 608 p.
58. Hall J. General Principles of Criminal Law. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1960. 642 p.
59. Härter K. The Influence of the Napoleonic Penal Code on the Development of Criminal Law in Germany: Juridical Discourses, Legal Transfer and Codification. *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of Its Predominant French Influence.*(Aniceto Masferrer ed.). Cham : Springer, 2018. P. 53–75.
60. Yoserwan Elwi Danil, Kurnia Warman, Yulfasni. The Implementation of Ultimum Remedium Principle in Economic Criminal Law of Indonesia. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2019. Vol. 22, Issue 2. P. 1–5.
61. Bundesverfassungsgericht. *Schwangerschaftsabbruch I*. 39 BVerfGE, 1 (1975). URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>
62. Kommers D., Miller R. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (3rd edn.). Durham and London: Duke University Press, 2012. 904 p.
63. Bundesverfassungsgericht. *Geschwisterbeischlaf*. 120 BVerfGE, 224 (2008). URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html>
64. Martín A. *Saudade* of the Constitution: The Relationship between Constitutional and Criminal Law in the European Context. *New Journal of European Criminal Law*. 2019. Vol. 10, No. 1. P. 28–33.
65. Rudzkis T., Panomariovas A. Legal Presumptions in the Context of Contemporary Criminal Justice. *Hungarian Journal of Legal Studies*. 2017. Vol. 58. No. 3. P. 359–372.
66. Tuori K. *Ultima Ratio* as a Constitutional Principle. *Oñati Socio-Legal Series*. 2013. Vol. 3. No. 1. P. 6–20.
67. Duff R., Farmer L., Marshall S., Renzo M., and Tadros V. Introduction: Towards a Theory of Criminalization? *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law* (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 1–53.
68. Кудрявцев В.Н. Криминализация как способ осуществления уголовной политики. *Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация)*. (ред. В. Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев). Москва : Наука, 1982. С. 11–32.
69. Фріс П. Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014, № 1(2). С. 19–28.
70. Petersen T. Why Criminalize? New Perspectives on Normative Principles of Criminalization. Cham : Springer, 2020. [viii] 149 p.
71. Mill J. On Liberty. New Haven and London : Yale University Press, 2003. [x] 249 p.
72. Harcourt B. The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. 1999. Vol. 90. No. 1. P. 109–194.

73. MacCormick N. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford : Oxford University Press, 1984. 256 p.
74. Feinberg J. *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 2: Offense to Others*. Oxford : Oxford University Press, 1985. 348 p.
75. Roberts P. Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation. *Incidivilities: Regulating Offensive Behaviour*. (von Hirsch A, Simester A. eds.). Oxford : Hart Publishing, 2006. P. 1–56.
76. Hart H. *Law, Liberty, and Morality*. Oxford : Oxford University Press, 1963. 96 p.
77. Stephen J. *Liberty, Equality and Fraternity*. (2nd edn.). Cambridge: Cambridge University Press, 1967. 312 p.
78. Devlin P. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1963. 153 p.
79. Kuflik A. Liberalism, Legal Moralism and Moral Disagreement. *Journal of Applied Philosophy*. 2005. Vol. 22. No. 2. P. 185–198.
80. Moore M. *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford : Clarendon Press, 1997. 872 p.
81. Durkheim E. *The Division of Labor in Society*. Glencoe : Free Press, 1960. [xxiv] 439 p.
82. Dan-Cohen M. Defending Dignity. *UC Berkeley Shool Law Public Law Legal. Theory Reserach Paper*. No. 92. 2002. P. 150–171.
83. Hörnle T. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. *Criminal Law Philosophy*. 2012. Vol. 6. No. 3. P. 307–325:
84. Buchhandler-Raphael M. Drugs, Dignity, and Danger. Human Dignity as a Constitutional Constraint to Limit Overcriminalization. *Tennessee Law Review*. 2013. Vol. 80. P. 291–345.
85. Kant I. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven and London : Yale University Press, 2002. [xviii] 194 p.
86. Dubber M. Criminal Law between Public and Private Law. *The Boundaries of the Criminal Law* (R.A. Duff, Lindsay Farmer, S.E. Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros eds.). Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 191–213.
87. MacCormick N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. [xvi] 317 p.
88. Farmer L. Criminal Law as an Institution: Rethinking Theoretical Approaches to Criminalization. *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law* (R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros eds.). Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 80–100.

Анотація

Водяніков О. Ю. Конституція і злочин: теорія криміналізації в світлі конституційної концепції *Ultima Ratio*. – Стаття.

Стаття присвячена питанню теорії криміналізації, її конституційних принципів у більш широкій перспективі і загальноісторичному контексті становлення модерної держави і сучасного конституціоналізму. Кримінальне право виступає останнім засобом державної політики (*ultima ratio*), що застосовується, якщо інші засоби виявились неефективними. Тому питання криміналізації має розглядатися крізь призму фрагментарності і субсидіарності кримінального права, що вимагає звернення до більш широкого контексту, як історичного (тобто як виникає ідея окремої галузі кримінального права), так соціально-політичного (тобто ролі і функцій кримінального права в демократичному суспільстві).

В статті розкривається історія становлення сучасного кримінального права, виникнення його засад і принципів, що відбувалося в процесі занепаду домодерної парадигми *caveat dominus* з її визначальною концепцією *police* та *Polizeistaat* і становлення модерної держави в часи Великих революцій XVIII ст. з її кодифікаціями, ліберальним конституціоналізмом (*Rechtsstaat*), національною державою і новими поняттями політичної легітимності. Саме в цей час відбувається виникнення системи принципів *nullum crimen*, що стали засадничими для сучасного кримінального права і з яких в другій половині XX ст. постає *ultima ratio*.

Концепція *ultima ratio* означає, що криміналізація діяння є правомірною і обґрунтованою, якщо інші засоби вирішення соціальної проблеми (за допомогою інструментарію адміністративного, цивільного, господарського права, тобто через некримінальні санкції чи регулювання) не є ефективними. Вона визначає чотири критерії оцінки конституційності положень, що криміналізують певне діяння (легітимність мети, придатність, необхідність та пропорційність між тяжкістю діяння і вини та санкцією). Дискреція законодавця в сфері криміналізації у поєднанні з вимогами *ultima ratio* веде до застосування у підходах конституційного контролю презумпції конституційності *iuris tantum*.

Автор обстоює позицію, що теорію криміналізації слід вибудовувати, фокусуючись не на діянні як такому, а на меті. Адже кримінальне право не має незалежної мети, іншої ніж мета нормативного правопорядку загалом. Воно одночасно виконує публічну функцію захисту (забезпечення безпеки індивіда від *imperium* та *dominium*) і є публічним правом, що опікується захистом і підтриманням юридичних благ. Тому теорія криміналізації не може бути універсальною – вона залежить від політичної концепції держави і суспільства і визначається через поняття ролі, яку кримінальне право має відігравати у конкретній політії.

Ключові слова: конституція, теорія криміналізації, *ultima ratio*, принципи *nullum crimen, Polizeistaat, Rechtsstaat*, оцінка конституційності кримінального закону, парадигма *caveat dominus*.

Summary

Vodiannikov O. Yu. Constitution and Crime: Theory of Criminalisation in the Light of the Constitutional Concept of *Ultima Ratio*. – Article.

The article discusses the theory of criminalization, its constitutional principles in a broader perspective and general historical context. Criminal law serves as the last resort of state policy (*ultima ratio*) to be invoked if other means have proved ineffective. Therefore, the issue of criminalization should be considered via criminal law's fragmentation and subsidiarity, with due regard to a broader context, both historical (how the idea of an autonomous criminal law emerged), and socio-political (what are criminal law's role and functions in a democratic society).

The article offers historical review of modern criminal law evolution, the emergence of its foundations and principles, which occurred during the decline of the pre-modern *caveat dominus* paradigm with its defining concept of police and *Polizeistaat* and the formation of a modern state during the Great Revolutions of the 18th century, its codifications, liberal constitutionalism (*Rechtsstaat*), the nation state and new ideas of political legitimacy. During this foundational period the system of *nullum crimen* principles gained its sway and became fundamental for modern criminal law. Later, in the second half of the 20th century, these principles laid foundations for *ultima ratio*.

The concept of *ultima ratio* means that the criminalization is legitimate and justified if other means to resolve a social problem (i.e. non-criminal sanctions or regulation) are ineffective. It defines four criteria for assessing the constitutionality of criminalization (legitimacy of the purpose, suitability, necessity and proportionality between the severity of an act and guilt, and sanction). The legislator's discretion in the field of criminalization in conjunction with the requirements of *ultima ratio* lead to the *iuris tantum* presumption of constitutionality.

The author argues that the theory of criminalization should be built with the focus on the objectives, not on act as such. After all, criminal law does not have independent objectives, other than those of the general legal order). It performs a public function of protection (protecting an individual from *imperium* and *dominium*) and simultaneously it is a public law that takes care of the protection and maintenance of public goods. Therefore, the theory of criminalization cannot be universal – it depends on the political concept of the state and society and is determined by the role that criminal law should play in a *conterte body politic*.

Key words: constitution, theory of criminalisation, *ultima ratio*, *nullum crimen* principles, *Polizeistaat, Rechtsstaat*, constitutionality of criminal law, *caveat dominus* paradigm.