

## РОЗДІЛ 8

# КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.2

### ОБМЕЖЕННЯ ЗНАЧИМОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І ПРАВОМІРНІ БАЛАНСИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

### RESTRICTION OF SIGNIFICANCE OF CRIMINAL LAW AND LAWFUL BALANCES IN CRIMINAL LAW

Гуртовенко О.Л.,  
к.ю.н., доцент,

доцент кафедри кримінального права

*Національний університет «Одеська юридична академія»*

Стаття присвячена співвідношенню між обмеженням значимості кримінального права і правомірними балансами в кримінальному праві. Існує чимало обмежень у різних компонентах кримінального права, наприклад, у сфері обґрунтованості кримінального права, в аксіології, правосвідомості, позитивному праві, реалізації права. Нерідко буває, що в одних випадках в кримінальному праві бракує базису, в інших – надбудови, в одних випадках кримінальне право є агресивним, в інших – кволим. Такий засіб, як правомірні кримінально-правові баланси відноситься до чинників подолання нестабільності кримінального права.

**Ключові слова:** кримінальне право, обмеження значимості, баланс, обґрунтованість кримінального права, аксіологія, правосвідомість, позитивне право, реалізація права.

Статья посвящена соотношению между ограничением значимости уголовного права и правомерными балансами в уголовном праве. Существует немало ограничений в разных компонентах уголовного права, например, в сфере обоснованности уголовного права, в аксиологии, правосознании, позитивном праве, реализации права. Нередко бывает, что в одних случаях в уголовном праве не хватает базиса, в иных – надстройки, в одних случаях уголовное право является агрессивным, в иных – слабым. Такое средство, как правомерные уголовно-правовые балансы относится к факторам преодоления нестабильности уголовного права.

**Ключевые слова:** уголовное право, ограничение значимости, баланс, обоснованность уголовного права, аксиология, правосознание, позитивное право, реализация права.

The article analyzes the topical issue of criminal law, namely, the relationship between the limitation of the significance of criminal law and legal balance in criminal law. Restrictions in the field of jurisprudence can be both useful to people (for instance, system of checks and balances in the activities of public authorities, provided in a particular jurisdiction such a system is qualitative) and harmful to them

(for instance, threat addressed a judge). Such a tool as lawful balances holds for factors of overcoming the instability of criminal law.

There are many restrictions in different components of the criminal law, for instance, in the sphere of validity of criminal law, axiology, sense of justice, positive law, implementation of law.

Principle and method of legal certainty is not limited to notion, according to which legal provisions should be clear. It is necessary that you can understand not only the content, but also why this content is justified and balanced.

From the standpoint of axiology in order to ensure its balance, criminal law (doctrine, positive law, the field of implementation of law etc.) must include hierarchy of social values. But such a hierarchy is almost not created. In this regard, relevant legal provisions appear unbalanced and legally negligible.

Within the limits of informal criminal law (such as notions in the field of common sense of justice, conflicting with formal criminal law) can be identified «self-indulgences» and «indulgences» to criminals. Such «self-indulgences» consist in the partial or complete apology of the criminal in front of himself and (or) others. The said «indulgences» consist in the partial or complete apology of the criminal by other people, say, certain stratum.

There are components of positive law that, for reasons of non-compliance with the balances, with respect to doctrine (de jure) lead and at the level of practice can lead to a partial or complete collapse of certain provisions of positive criminal law or positive criminal law as a whole. This can happen for reasons of «Occam's razor» violation in the texts of positive criminal law. Thus, it often happens that in some cases criminal law lacks a basis and in other cases criminal law lacks a superstructure, in some cases criminal law is aggressive, in others it is feeble.

**Key words:** criminal law, restriction of significance, balance, validity of criminal law, axiology, sense of justice, positive law, implementation of law.

Обмеження у сфері юриспруденції можуть бути як корисними для людей (наприклад, система стримувань і противаг у діяльності органів публічної влади, якщо в певній юрисдикції така система є якісною), так і шкідливими для них (наприклад, погроза, що адресована судді).

Стівен Вільям Гокінг наголошував на нестабільності світу на Землі. З такою сутністю, як нестабільність пов'язані такі сутності, як баланси (збалансованість) і дисбаланси (розбалансованість). У сфері кримінального права зустрічаються як правомірні баланси, так і неправомірні баланси (неправомірні баланси полягають, наприклад, у тому, що хтось з метою вигоди створює співвідношення між сутностями, яке є балансом для цілей неправомірної діяльності, тобто допомагає втілити в життя неправомірну

діяльність). Баланси відносяться до чинників подолання нестабільності. Це стосується і нестабільності та балансів у кримінальному праві.

Складно писати про кримінальне право, не звернувшись до питання його дієвості. Ефективність кримінального права розглядається в роботах, зокрема, таких авторів, як: Л.В. Багрій-Шахматов, М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, М.О. Беляев, В.І. Борисов, В.Н. Бурлаков, Т.В. Варфоломеева, П.А. Воробей, І.М. Гальперін, В.О. Глушков, С.В. Гончаренко, В.К. Гришук, П.С. Дагель, С.А. Домахін, О.О. Дудуров, В.С. Дячков, В.А. Єленський, Н.П. Ждиняк, І.А. Ісмаїлов, А.Ф. Зелінський, В.І. Зінкін, Г.А. Злобін, Ю.Ф. Іванов, А.П. Закалюк, А.Ф. Зелінський, І.І. Карпець, С.Г. Келіна, В.М. Коган, В.С. Комі-

саров, М.Й. Коржанський, А.І. Коробєєв, В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнєцова, І.І. Карпець, В.Є. Квашиє, О.М. Костенко, І.П. Лановенко, О.М. Литвак, О.І. Марцев, М.І. Мельник, П.П. Михайленко, А.А. Музика, В.О. Навроцький, І.С. Ной, Н.А. Огурцов, В.І. Осадчий, М.І. Панов, А.А. Піонтковський, С.В. Полубінська, В.М. Попович, В.В. Похмелкін, В.С. Прохоров, А.Л. Ременсон, І.О. Рошина, Р.А. Сабітов, Н.А. Савінова, Е.О. Саркієва, М.Г. Сорочинський, Л.І. Спірідонов, В.В. Сташиє, Є.Л. Стрельцов, М.О. Стручков, В.Я. Тацій, П.С. Тоболкін, В.О. Туляков, Є.В. Фесенко, І.Г. Філановський, В.Д. Філімонов, О.Г. Фролова, М.І. Хавронюк, В.Л. Чубарєв, В.І. Шакун, М.Д. Шаргородський, В.І. Шмаров.

Кримінальне право складається з величезної кількості компонентів, які можна відобразити у виді ієрархічного дерева та системи різноманітних класифікацій. Крім того, кримінальне право взаємодіє з безліччю сутностей. При цьому компоненти кримінального права вступають у різні види взаємодії один з одним, як-от: узгоджена взаємодія, синергія, невідповідність, антисинергія. Те ж саме стосується взаємодії кримінального права та пов'язаних із ним сутностей. Ці питання відносяться до тем обґрунтованості та ефективності кримінального права, залученості, відчуженості, залежності й диктатури в кримінальному праві. Наприклад, невідповідності між уявленнями в різних видах правосвідомості обмежують силу таких видів правосвідомості. Існують чинники зі сфери суцього, які на практиці значною мірою або повністю блокують, роблять недієвим або майже недієвим положення позитивного кримінального права (звісно, включаючи джерела їх тлумачення, наприклад дослідницькі роботи). Так само положення позитивного кримінального права можуть заважати втіленню в життя народної правосвідомості у сфері кримінального права.

Актуальні питання ефективності кримінального права України включають в себе тему класифікації складностей, які виникають на шляху реалізації компонентів (доктринального, політичного, позитивістського, освітнього компонентів, якісної правосвідомості, правозастосовного компоненту і т. ін.) кримінального права, засобів подолання та усунення таких складностей.

Значимість кримінального права є мірою його впливу на суспільні відносини. Баланс у кримінальному праві – це необхідність і достатність як характеристики певного компоненту кримінального права, як і відповідна характеристика кримінального права в цілому.

Безкінечність, і тому релятивізм, обмеженість пізнання істини є обставиною, яка розповсюджується на весь соціум. У сфері кримінального права існують і специфічні для нього внутрішні та зовнішні стосовно кримінального права чинники живлення його ефективності й чинники підризу його ефективності. Як в межах кримінального права, так і у сфері взаємодії кримінального права з іншими сутностями має місце чимало видів обмежень. Ті чи інші компоненти часто разом визначають їх питому вагу, заважають одне одному. В одних випадках це належний напрямок, в інших – неналежний.

Мета цієї статті полягає в тому, щоб висвітлити ряд прикладів таких обмежень для їх подальшого систематичного дослідження і впливу на них.

Існує чимало обмежень у різних компонентах кримінального права, наприклад, у сфері обґрунтованості кримінального права, в аксіології, правосвідомості, позитивному праві, реалізації права.

Розуміння принципу і методу правової певності не варто обмежувати уявленням, згідно з яким юридичні положення повинні бути зрозумілими. Необхідно, щоб можна було зрозуміти не тільки зміст, а й те, чому саме такий зміст є обґрунтованим і збалансованим. Якщо ж він не є обґрунтованим і збалансованим, то такий стан речей варто вважати порушенням принципу правової певності, оскільки

люди, принаймні з позицій сфери належного, орієнтуються у своїй діяльності на реалії (реальні умови свого життя, власні характеристики), юридичні наслідки чого необхідно обмірковувати. Чимало положень Кримінального кодексу України (далі – КК України) [1] характеризуються таким порушенням, зокрема через те, що вони не спираються на належні емпіричні дані.

Отже, постає питання сучасного стану обґрунтованості кримінального права України: це продумані розрахунки, «припущення про припущення» або певний проміжний, усереднений варіант?

З позицій аксіології до кримінального права (доктрини, позитивного права, сфери реалізації права і т. ін.) для забезпечення його збалансованості повинна входити ієрархія соціальних цінностей (звичайно, вона повинна пронизувати всі галузі права). Але такої ієрархії майже не створено. У цьому зв'язку заходи кримінально-правового впливу, як на рівні їх диференціації, так і на рівні їх індивідуалізації, є фарсом, нівелюванням сенсу кримінального права, порушенням принципу і методу правової певності. У КК України мають десятки невідповідностей між диспозиціями положень, між санкціями за певні злочини у випадках, коли порівняння змісту, небезпечності таких злочинів не викликає особливих сумнівів. У цьому зв'язку відповідні юридичні положення постають розбалансованими і тому юридично нікчемними й такими, що не підлягають реалізації, а всі особи, до яких застосовано відповідні юридичні положення, підлягають звільненню від кримінальної відповідальності, що здатне потягнути за собою хвилю обурення, позовів про відшкодування моральної шкоди і злочинності, хвилі злочинності за участю виправданих осіб. Відсутність зазначеної ієрархії схожим чином шкодить положенням про обставини, що виключають злочинність діяння, коли на шальках терезів опиняються цінності різних видів.

Порушення принципу правової певності є чинником, який значною мірою заважає втілити в життя принцип і метод збалансованості кримінального права, нівелює сенс кримінального права. Розбалансованість значної частини положень КК України є порушенням принципу правової певності, явищем відчуженості, а не залученості населення до сфери юриспруденції.

Як зазначалося, обмеження мають місце і у сфері правосвідомості. В.О. Туляков, зіставляючи види правосвідомості, позитивне право та антиправо, виділяє таке явище, як обставина, що обмежує протиправність діяння, під яким має на увазі маргіальну ситуацію у праві, за якої соціальна оцінка певних антисуспільних дій змінюється залежно від масовості, допустимості, ціннісної підтримки чи схвалення цих дій державою чи/або суспільством, судовою практикою. Наприклад, фізичне насильство батьків відносно дітей у родині може бути розглянуто як засіб виховання, адміністративний вчинок чи злочин проти здоров'я або фізичної недоторканості особи [2, с. 23]. У цьому зв'язку зазначу таке. Часто мають місце невідповідності, дисбаланси між уявленнями, які відносяться до різних видів правосвідомості, між поведінкою, яка відноситься до різних сфер суспільних відносин, а також у межах таких сфер. У межах неофіційного кримінального права (як-от уявлень у сфері побутової правосвідомості, між якими та офіційним кримінальним правом має невідповідність) можна виділити існування «самоіндульгенцій» та «індульгенцій» для злочинців. Такі самоіндульгенції полягають у частковому або повному виправданні злочинця перед самим собою (у власних очах) і (або) перед іншими. Це явище само по собі не є каяттям, але може бути так чи інакше пов'язане з каяттям. Зазначені індульгенції полягають у частковому або повному виправданні злочинця іншими людьми, скажімо, певними страдами. Як до зазначених самоіндульгенцій, так і до зазначених індульгенцій відносяться патерн ідейного злочинця

(зокрема, патерн ідеологічного злочинця, патерн злочинця – обраної особи/«обраної особи»), патерн злочинця виду «міщанин-шляхтич» (виправдання злочинів, наприклад, тим, що особа має право на відповідну поведінку, оскільки перша частина життя в неї пройшла складно, а в другій її частині необхідно компенсувати минули складності за рахунок використання певних матеріальних цінностей), патерн злочинця-благодійника.

Одним із чинників, які заважають реалізуватися превентивному потенціалу правового офіційного кримінального права, є різноманітна апологетика злочинності (як і популяризація кримінальної романтики). Існує питання безпосереднього і опосередкованого підвищення рівня життя певних людей за рахунок злочинності і пов'язана із цим апологетика правомірної поведінки. У радянських фільмах слідчі, в межах радянської парадигми, вдало парирують каверзні тези осіб, щодо яких ведеться кримінальне переслідування, які (тези) є апологетикою певних злочинів. І зараз в Україні знайдеться місце для діалогів такого стибу. Якщо в соціуму (населення, публічної влади) немає або можливостей, або бажання, або вмінь розподіляти гроші правомірно, то це буде одним із провідних чинників виникнення альтернативної (зокрема, злочинних) механізмів їх розподілу. Ось ряд запитань, не пов'язаних з найближш нахабною злочинністю:

1) від бізнесменів (широ або лицемірно): хіба ми зможемо створити таку кількість робочих місць, підтримувати економіку хоча би на існуючому рівні, якщо ми не будемо ухилитися від сплати податків, особливо з урахуванням розмірів хабарів (неправомірної вигоди), які від нас вимагають чиновники?

2) від найманих працівників бюджетної сфери: а) (скажімо, починаючих представників ряду професій): хіба ми зможемо прожити, утримувати наші сім'ї, зокрема неповнолітніх дітей і батьків, які отримують невелику пенсію, якщо не ті невеличкі суми грошей, які в ролі винагороди сплачують нам відвідувачі, і які при цьому практично не впливають на благополуччя таких відвідувачів? б) від заслужених діячів: хіба ми гірші за наших іноземних колег, які роблять таку саму роботу, як і ми, які не є розумнішими за нас, але які, на відміну від нас, отримують гідну заробітну плату? Так чи не маємо ми (тобто відповідні заслужені діячі) природного права компенсувати відповідну різницю шляхом отримання не самих великих майнових, зокрема грошових, подарунків?

3) від найманих працівників небюджетної сфери: якщо би не наша «сіра» заробітна плата, то хіба ми змогли би прожити, утримувати наші сім'ї, зокрема неповнолітніх дітей і батьків, які отримують невелику пенсію?

4) від тих, хто має правомірний зиск від арештованого майна, зокрема бізнесменів і небагатих верств населення (на прикладі вилученого митними органами одягу, який намагалися імпортувати шляхом контрабанди): якщо би не злочини у сфері товарної контрабанди (загальнотоварна контрабанда в юрисдикціях, в яких вона є злочином, злочини, пов'язані з підробленими документами, корупційні злочини) і, як мінімум, подвійна уцінка конфіскованого майна, то хіба ми змогли би продавати/купувати одяг від доволі якісних брендів (хай і вироблений на підставі правомірних договорів не в державах походження таких брендів) за відносно невеликою ціною?

Відповідні особи здатні використати й аргументи зі сфери позитивного кримінального права, надумано (тут мова йде саме про такі випадки) пославшись, скажімо, на стан крайньої необхідності, непереборну силу, відсутність матеріальної сторони злочину в їх поведінці (при цьому може бути вжито такий аргумент: відповідна поведінка є розповсюдженою та корисною для людей, груп людей, суспільства, соціуму в цілому). Апологетам протидії такій злочинності доведеться знаходити контраргументи, переконувати у своїй правоті опонентів (зазначених осіб,

їх прибічників), суд, людей, групи людей, суспільство, соціум у цілому.

Існують компоненти позитивного права, які з причин недотримання балансів на рівні теорії (*de jure*) призводять і на рівні практики здатні призвести до часткового чи повного колапсу певних положень позитивного кримінального права або позитивного кримінального права в цілому (заблокувати їх/його реалізацію).

Мова йде, наприклад, про такі компоненти (в межах яких має місце недостатня диференціація, іншими словами, надмірна інтеграція безпосереднього змісту тексту КК України, тобто мова йде про порушення принципу і методу необхідності – «щетини Епштейна» в широкому сенсі цього терміну):

1) положення КК України про склад злочину. Справа в тому, що в КК України (звісно, така сама ситуація існує в позитивному кримінальному праві не тільки України) не повністю на узагальненому рівні відображено вчення про склад злочину;

2) «засекреченість» ряду положень КК України. Це питання теж відноситься до теми принципу правової певності кримінального права України.

Обізнаність населення України з положеннями КК України є досить низькою, не кажучи вже про рівень у цілому кримінально-правової і правової грамотності населення України. Має місце системна «засекреченість» положень КК України від населення, зокрема, з причин використання в КК України термінології, відомої юристам (та й те далеко не всім), але разом з тим і такої, яку необхідно роз'яснити в тексті КК України.

Ось ряд прикладів такої «засекреченості»:

2.1) відсутність у КК України термінологічного словника і термінологічна неузгодженість і розбалансованість положень КК України;

2.2) використання в КК України поняття «неоподатковуваний мінімум доходів громадян», та ще й в двох значеннях; інститут неоподаткованого мінімуму доходів громадян так само порушує принцип правової певності, що детально було розглянуто в публікаціях автора цієї статті [23, с. 67–69], [4], [5]. У зазначених публікаціях наведено аргументи на користь позиції, згідно з якою неоподатковуваний мінімум доходів громадян виступає не неминучим компенсатором інфляції, а ерзацом, що порушує принцип правової певності;

2.3) відсутність у КК України прямої (безпосередньої) вказівки на відмінність між фальшивомонетництвом, яке кваліфікується за ст. 190 КК України, і фальшивомонетництвом, яке кваліфікується ст. 199 КК України, якщо вже автори КК України вирішили розмістити положення про два види фальшивомонетництва в різних статтях КК України;

2.4) відсутність у ст. 201 КК України прямої (безпосередньої) вказівки на види контрабанди, які традиційно виділяються в теорії і практиці кримінального права України та практично в такому самому виді передбачені на прикладах адміністративних правопорушень у ст. ст. 482 і 483 Митного кодексу України [6], чим цей кодекс вигідно відрізняється від КК України, і певною мірою відображені в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил від 3 червня 2005 р. № 8 [7]. Мова йде про такі види контрабанди:

а) переміщення через митний кордон України поза митним контролем: 1) поза місцем розташування митного органу; 2) в місці розташування митного органу, але поза зоною митного контролю; 3) поза часом здійснення митного оформлення; 4) з використання незаконного звільнення від митного контролю службовими особами митного органу;

б) переміщення через митний кордон України з приховування від митного контролю: 1) у спеціально створених тайниках; 2) в інших місцях (в організмі людини, тварини, одязі); 3) шляхом маскуванню; 4) шляхом незаконних опе-



рацій з документами, тобто шляхом використання підроблених або незаконно одержаних документів;

2.5) існування в КК України положення, передбаченого в ст. 305 «Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів», окремо від положення, передбаченого ст. 201 КК України «Контрабанда». Відповідна уніфікація положень про контрабанду повністю не вирішила би питання, оскільки контрабанду по суті передбачено також в інших статтях КК України, як-от положення про розповсюдження тих чи інших інформаційних матеріалів (воно включає в себе і їх контрабандне розповсюдження) і положення, передбачені в ст. ст. 149, 176, 212, 199, 2031, 268, 300, 301, 3611 КК України, хоча в текстах положень цих статей прямо (безпосередньо) і не використовується термін «контрабанда», але згадана уніфікація все одно покращила би стан справ;

2.6) неуніфікованість положень, передбачених в ст. 209 «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» і ст. 306 «Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів» КК України;

2.7) відсутність у КК України переліку тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння. Зараз цей перелік міститься тільки в Правилах судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 р. № 6 [8]. Цей перелік необхідно продублювати в КК України. Якщо порівняти згаданий перелік, скажімо, з положеннями про правила дорожнього руху, то з легкістю з'ясується, що зазначений перелік є коротким (він значно коротший, ніж щойно згадані положення) і на момент написання цієї статті більш ніж за 20 років свого існування не піддавався перетворенням (тоді як згадані положення є дуже великими за обсягом, мають міститися і містяться в різних нормативно-правових актах і є доволі динамічними). Тому запропоноване дублювання згаданого переліку не буде порушувати принцип економії тексту юридичних положень (який є проявом принципу достатності) і разом із тим постане реалізацією принципу юридичної певності;

2.8) відсутність розмежування безпосередньо в тексті КК України за об'єктивною стороною: 1) злочину, передбаченого ч. 1 ст. 125 КК України (умисне легке тілесне ушкодження), і злочину, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК України (умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності); 2) легких тілесних ушкоджень і середньої тяжкості тілесних ушкоджень. Інформацію, про яку йдеться в цьому абзаці, теж варто продублювати в КК України, а не приховувати, передбачаючи її тільки в зазначених Правилах судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень;

2.9) відсутність розмежування безпосередньо в тексті КК України насильства, яке застосовується під час розбою, і насильства, яке застосовується під час грабежу. І це при тому, що положення про їх розмежування давно вкоренилися в теорії і практиці кримінального права України;

2.10) відсутність безпосередньо в тексті КК України повного визначення механічного транспортного засобу, яке також треба було продублювати в КК України. Це призводить, зокрема, до того, що в кримінальному праві часом оперують застарілим законодавчим визначенням вказаного поняття. Зазначене є ілюстрацією того, що в КК України не продубльовано значну кількість дефініцій з інших нормативно-правових актів. Таке повторення не вплинуло б істотно на обсяг тексту КК України (особливо з урахуванням того, що в його тексті є чимало слів, які підлягають виключенню із КК України, оскільки у відповідних випад-

ках має місце надмірна диференціація, іншими словами, недостатня інтеграція безпосереднього змісту тексту КК України, тобто мова йде про порушення принципу і методу достатності – «бритви Оккама»), а натомість зробило би КК України яснішим;

2.11) відсутність безпосередньо в тексті КК України вказівки на те, що вчинене з особливою жорстокістю вбивство, яке підпадає під ст. ст. 116, 117, 118 КК України, кваліфікується тільки за наведеними статтями і не кваліфікується ще й за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК України як умисне вбивство, вчинене з особливою жорстокістю, і це при тому, що з позицій формальної логіки тут має місце перефразування понять за обсягом і, відповідно, ідеальна сукупність злочинів на рівні законодавчої моделі. Така вказівка відсутня попри відповідну традицію теорії та практики кваліфікації, якій вже чимало років. Як видається, зазначена традиція пояснюється тим, що тут над принципом і методом розуміння, який ґрунтується на формальній логіці, домінує принцип і метод розуміння, який є проявом принципу і методу гуманізму в кримінальному праві та принципу і методу економії кримінальної репресії, що є цікавим, хоча така незвичайність не затьмарює жахливості поведінки, про яку йде мова;

2.12) незаконне заволодіння механічним транспортним засобом згідно із традицією теорії і практики кримінального права України кваліфікується тільки за положенням, передбаченим ст. 289 КК України, тобто не кваліфікується ще й за загальними положеннями КК України про викрадення, передбаченими ст. 185, ст. 186 тощо. З позицій формальної логіки тут знову має місце ідеальна сукупність, оскільки в ч. 1 Примітки до ст. 289 КК України вказано на заволодіння «з будь-якою метою». Разом із тим зрозуміло: створювачі цього положення хотіли сказати, що відповідне заволодіння підлягає кваліфікації тільки за ст. 289 КК України. Такий давній законодавчий підхід, як видається, ґрунтується на тому, що у створювачів аналізованого положення відповідне заволодіння неодмінно поєднується в уяві з порушенням правил дорожнього руху/експлуатації транспорту, хоча таке заволодіння, звісно, не завжди супроводжується порушенням транспортного права.

Але створювачі аналізованого положення не зовсім вдало сформулювали свою думку: для уникнення законодавчих моделей ідеальних сукупностей із загальними положеннями про різні викрадення (крадіжку, грабїж тощо) замість слів «з будь-якою метою» необхідно було перелічити всі різновиди викрадень. Інакше згадані загальні положення постають спеціальними стосовно положення, передбаченого ст. 289 КК України, за способом викрадення, а положення, передбачене ст. 289 КК України, постає стосовно згаданих загальних положень спеціальним за предметом злочину.

Втім, враховуючи наміри створювачів відповідного положення, аналізована поведінка, як зазначалося, кваліфікується в теорії і на практиці тільки за ст. 289 КК України. Тут над принципом і методом розуміння, який ґрунтується на формальній логіці, домінує принцип і метод цільового (телеологічного) розуміння, що також є цікавим. Як видається, з такими розмірковуваннями люди, які не мають відношення до кримінального права, не знайомі, хоча, ймовірно, вони у значній кількості випадків зможуть кваліфікувати скоєне згідно з наведеними традиціями стосовно ст. 289 КК України. Втім, без юриста все одно складно. Та й чи всі юристи одностайні в питанні наведених розмірковувань?

Залишається додати, що велика кількість змодельованих в КК України проявів вказаного виду формально-логічного співвідношення між поняттями породжують, як визнано в теорії і на практиці, моделі ідеальних сукупностей злочинів. А це приклад різних стандартів. І єдиного підходу, коли який зі стандартів застосовується, немає. Отже, знов доводиться казати про порушення принципу правової певності;

2.13) Варто звернути увагу на використання в КК України терміну «неправомірна вигода». Зараз в Україні є популярною тема протидії корупції, зокрема хабарництву. У цьому зв'язку людина, не пов'язана за видом своєї діяльності з використанням КК України, може взяти до рук цей закон, щоб дізнатися, як ним врегульовано питання хабарництва, в тому числі, як карається хабарництво. Подивившись у книжковій крамниці КК України, така людина стане дещо спантеличеною: вона-то розраховувала досить швидко знайти в КК України статті зі словом «хабар» або з однокорінними словами. Але не знайшла. «Гаразд, – думає така людина, – подивлюся КК України в електронній формі». Відразу натрапивши на текст КК України на сайті Верховної Ради України, людина застосує контекстний пошук, який покаже, що слова (кореня) «хабар» в КК України немає. Можливо, здивуванню такою людиною не буде меж.

У зв'язку з розвитком корупції можна вдосконалювати її регулювання, передбачати в позитивному праві нові види корупції. Але в різних мовах є усталені в масовій свідомості, побутовій правосвідомості та юриспруденції відповідні терміни, наприклад: в українській – «хабар», в російській – «взятка», а також «взяточничество», в англійській – «bribe», а також «bribery» – в перекладі з англійської мови – «хабарництво» (В англійській мові є й інші синоніми відповідних слів, але, насамперед, і в англійських текстах міжнародних договорів, учасником яких є Україна, використовуються наведені англійські слова; хоча і слова «undue advantage», що з англійської мови в текстах таких договорів на українську мову офіційно перекладають як «неправомірна вигода», також зустрічаються в текстах зазначених договорів, але в підпорядкованому сенсі, хоча коректніше зазначений термін перекладається як «неналежна, невиправдана перевага», тим більше, що в Кримінальній конвенції від 27 січня 1999 р. [9] і Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. [10] неодноразово використовується термін «benefit», який як раз і означає «вигода», а в значній кількості інших джерел – терміни «unjust enrichment» (в Конвенції ООН від 31 жовтня 2003 р. – «illicit enrichment») – «неправомірне, незаконне збагачення» і «unjustified benefit» – «неправомірна вигода». Замінювати в праві такі терміни не варто (інша справа – потреби в заміні змісту поняття, яке позначається терміном). Якщо постає необхідність удосконалити певне поняття, то це не завжди тягне за собою необхідність перетворення терміну, який позначає таке певне поняття.

Як видається, в українському кримінальному праві варто було лише наголосити і передбачити в КК України, що під поняття «хабар» підпадає не тільки вигода матеріального характеру, а й вигода нематеріального характеру (і це було зроблено, але без використання термінів «хабар», «хабарництво»), а не переходити на використання терміну «неправомірна вигода». В цьому по суті й полягала кінцева мета посилив з боку міжнародних антикорупційних договорів України, а також GRECO та інших поважних міжнародних інституцій.

Запроваджені до КК України нововведення, про які йшлося вище, порушують принцип правової певності, що тягне за собою юридичну нікчемність відповідних положень КК України, через яку такі норми з позицій сфери належного не підлягають реалізації, і це призводить (поки що в теорії) до колапсу таких положень. З цього приводу в мене є публікація [11], в ролі доповнення до якої висловлю ряд ідей.

В Кримінальній конвенції від 27 січня 1999 р. і Конвенції ООН від 31 жовтня 2003 р. в усіх випадках терміни «undue advantage» і «benefit» в межах дефініцій мають підпорядковане значення стосовно інших термінів (як-от термінів «хабарництво» – «bribery» і «хабарі» – «bribes»), тобто вони є не термінами, дефініції яких надано, а термінами, які використовуються для пояснення інших понять.

У цьому зв'язку постають невдалими слова «bribe or any other undue advantage» («хабар або інша неправомірна перевага» з Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 р., наведені у визначенні корупції [12], втім, це не заперечує розглядуваних аргументів.

Виявилось, що мій підхід до аналізованого питання є дуже схожим з тими, які викладено у Висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на зазначений проект Закону України [13] і у Висновку того ж управління на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства у сфері запобігання і протидії корупції» № 2033 [14].

Кримінально-правове поняття «хабар» має досить тривалий історичний період формування та закріплення в національному кримінальному законодавстві, є усталеним та зрозумілим не лише для тих, хто застосовує правові норми, а й для звичайних громадян. Тому варто було залишити в КК України термін «хабар» і водночас масштабно, через ЗМІ роз'яснити його нове значення.

Вартим уваги є й такий момент. Ось назви статей Конвенції ООН від 31 жовтня 2003 р. англійською мовою та їх офіційний переклад на українську мову: ст. 15 «Bribery of national public officials» – «Підкуп національних державних посадових осіб», ст. 16 «Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations» – «Підкуп іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міжурядових організацій», ст. 21 «Bribery in the private sector» – «Підкуп у приватному секторі» [15]. У зазначених статтях йдеться не тільки про такі явища, як обцянка, пропозиція, надання «undue advantage», а й про такі явища, як вимагання, прийняття «undue advantage». Із зазначених явищ під термін «підкуп» аж ніяк не підпадає термін «вимагання» («solicitation»), а ось під термін «хабарництво» підпадає і термін «вимагання». І ще варто уваги, що використаний в українському позитивному праві термін «неправомірна вигода» необхідно перекладати на англійську мову не на підставі дослівного розуміння як «unjustified benefit», а на підставі цільового розуміння як «undue advantage». Викладене засвідчує, що відповідна термінологія в україномовних текстах підлягає корекції.

Залишається додати, що наслідки наведених порушень принципу правової певності тут є аналогічними наведеним вище.

Принцип правової певності означає, зокрема, те, що у випадку можливості використати в положеннях позитивного права народні слова, а не слова, зрозумілі переважно юристам (умова паритету), пріоритет необхідно віддавати народним словам. Але не можна захоплюватися цим надміру. Народні слова можуть мати розпливчатий, багатозначний зміст, тоді як професійні юридичні слова можуть мати усталений визначений зміст. При використанні в положеннях позитивного права народних слів представники народу можуть думати, що під такими словами мається на увазі їх народний сенс, не подивившись термінологічний словник або інші роз'яснення в тексті юридичних актів, де вказуватиметься інший сенс відповідних слів. Такого не можна допускати. Викладене потрібно враховувати під час створення і забезпечення реалізації формул балансу у сфері термінології положень позитивного кримінального права.

Такого роду складності виникають і стосовно інших видів текстів, наприклад інструкцій долікарських засобів, інструкцій із використання побутової техніки. У зв'язку з реальними та можливими судовими процесами в інструкціях, на тарах з'явилися, зокрема, такі застереження: 1) в інструкції мікрохвильової печі: «забороняється сушити домашніх тварин» (надпис з'явився після того, як одна американська домогосподарка намагалася висушити в мікрохвильовій печі щойно викупану кішку); 2) на коробці для замороженої птиці: «після

розігрівання їжа буде гарячою» [16]. Як видається, схожим роз'ясненням не місце в КК України. Варто додати, що в населення існують складності з розумінням інструкцій, які додаються до лікарських засобів, і навіть із розумінням деяких частин тексту в кулінарних рецептах. Крім того, такі інструкції часто неправильно перекладаються (звичайно, питання мовного бар'єру є актуальним і для кримінального права). Отже, питання відповідних балансів є актуальним для різних видів текстів;

3) положення КК України, які характеризуються не виправданою гіпердинамікою (гіпердинамічністю), також порушують принцип правової певності, будучи свого роду засекреченням, розмиванням в і без того недостатньо поінформованих умах людей змісту КК України, що теж тягне за собою зазначені наслідки;

4) в ст. 44 Кодексу України про адміністративні правопорушення [17] (далі – КУпАП) і ст. 305 КК України (навіть із порушенням граматики) сказано, що поняття великого та особливо великого розміру наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів для цілей відповідних положень КУпАП і КК України визначається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, спільно із центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, протидії їх незаконному обігу. Зміст Закону України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» від 15 грудня 1995 р. № 60/95-ВР [18], зміст Положення про Міністерство охорони здоров'я України, затвердженого Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 467/2011 [19], зміст Положення про Державну службу України з лікарських засобів та контролю за наркотиками, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 2015 р. № 647 [20], і зміст Розпорядження Кабінету Міністрів України «Питання Державної служби з лікарських засобів та контролю за наркотиками» від 1 липня 2016 р. № 491-р [21] засвідчують, що першим із зазначених органів є Міністерство охорони здоров'я України, а другим – Державна служба України з лікарських засобів та контролю за наркотиками. Існує Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться в незаконному обігу» від 1 серпня 2000 р. № 188 [22]. Отже, відповідні розміри затверджено одноособово, а не спільно, як вимагає законодавство, не кажучи вже про те, що обов'язок спільного затвердження аналізованих розмірів передбачено в ст. 44 КУпАП і ст. 305 КК України, а не в наведених профільних нормативно-правових актах з питань повноважень вказаних органів державної влади (До речі, до набрання чинності наведеними положеннями законодавства України зазначені розміри було затверджено вказаним Міністерством, а повинні були затверджуватися вказаною Службою (тоді вона існувала в дещо іншому виді), а не вказаним Міністерством, що також було проявом перевищення повноважень). Таким чином, аналізовані розміри затверджено з перевищенням повноважень (зокрема через те, що один державний службовець ніяк не поставив свій підпис під відповідним актом), положення про такі розміри є юридично нікчемними і не підлягають реалізації. Це стосується і відповідних положень КУпАП та КК України, що з теоретичних позицій свідчить про юридичну нікчемність таких положень і, як мінімум, теоретичний колапс відповідного компоненту законодавства України.

Мається велика кількість чинників, пов'язаних із кримінальним правом (певні умови проживання людства, певні людські характеристики, наприклад, можливість), які правомірно (що здатне бути збалансованою ситуацією) або неправомірно (що є незбалансованою ситуацією з

позицій сфери правомірного, належного) спільно з кримінальним правом визначають власну питому вагу і питому вагу кримінального права в цілому і в конкретних кримінальних провадженнях/справах. Отже, існує питання про питому вагу кримінального права у правовідносинах у сфері кримінального процесуального права в сучасній Україні та інших юрисдикціях. Крім кримінального права, до сфери цих відносин входять, зокрема, такі сутності:

1) положення кримінального процесуального права;  
2) суб'єкти кримінальних процесуальних правовідносин, тактика і стратегія їх поведінки, джерела доказів і докази у сфері істини фактів, знання та вміння, які є спеціальними стосовно юридичних знань та вмінь, та діяльність на підставі таких знань та вмінь (наприклад, знання та вміння експерта, спеціаліста та їх відповідна діяльність);

3) кон'юнктура, діяльність міжнародної спільноти, посередників (різного роду медіаторів), людей під час масових зібрань, громадських організацій, правозахисників, волонтерів, Інтернет, ЗМІ, участь присяжних засідателів (у цьому зв'язку постає і питання про роль траблшутерів у сфері кримінального права);

4) неписані правомірні і неправомірні соціальні норми у сфері розуміння і реалізації кримінального права, специфічні соціальні норми суб'єктів кримінальних і пов'язаних із ними правовідносин, кримінальні субкультури;

5) інтуїція, осяяння, логіка, знання у сфері кримінального процесуального права;

6) типи праворозуміння в контексті кримінального процесуального права, кримінальна процесуальна доктрина, кримінальні процесуальні компоненти правозастосовної практики, правосвідомість у сфері кримінального процесуального права;

7) особистісні характеристики, (наприклад, конституція, рівень професіоналізму, сили, настрої, емоції) учасників провадження/справи та пов'язаних із провадженням/справою осіб;

8) різноманітні правильні й помилкові вчинки та рішення;

9) юридична етика, юридична психологія, акторська майстерність, ораторське мистецтво;

10) рівень забезпечення (фінансового, науково-технічного забезпечення, тобто забезпечення грошовими коштами, іншим майном, зокрема, обладнанням енергетичного, інформаційного забезпечення, організаційного забезпечення, забезпечення часом діяльності учасників провадження/справи);

11) рівень завантаженості роботою учасників процесу/справи (надмірна кількість кримінальних проваджень, що припадають на одного співробітника правоохоронних органів та одного українського суддю (зокрема, це стосується суддів, які займаються кримінальними провадженнями), суддів);

12) лобі, кумівство, фейкові явища в провадженні/справі, правда і брехня, рівень обвинувального ухилу, погрози, кримінальне право як засіб протидії неугодили суб'єктам, вибіркоче правосуддя, чиновницький бюрократизм, наприклад, тяганина, правомірна і неправомірна мотивація учасників провадження/справи, хабарництво, адміністративний ресурс, «телефонне право», відносини влади і підпорядкування, та й взагалі злочини, передбачені Розділами XVII і XVIII Особливої частини КК України та аналогічні злочини, передбачені міжнародним і закордонним кримінальним правом.

Має місце і явище неправомірного збільшення питомої ваги кримінального права в соціумі в цілому і в конкретному кримінальному переслідуванні зокрема. Це, наприклад, ситуація погрози, шантажу кримінальним переслідуванням особи, яка не скоювала відповідного злочину.

У такий спосіб було поставлено питання про дієвість КК України. З позицій теорії його положення часто не підляга-



ють застосуванню, що, тим не менше, не заважає застосувати їх на практиці. Нерідко буває, що в одних випадках у кримінальному праві бракує базису, в інших – надбудови, в одних випадках кримінальне право є агресивним, в інших – кволим. У сфері теорії і сфері практики свої реалії. Тому не є оксюморонами такі характеристики-тропи кримінального права України, як травоядна тварина із зубами хижої тварини і хижа тварина із зубами травоядної тварини. Стосовно ситуацій з одними недоліками кримінального права воно,

образно кажучи, постає в ролі травоядної тварини (безсилля з позицій теорії) із зубами хижої тварини (активність, причому не завжди правомірна, на практиці). А стосовно ситуацій з іншими недоліками – в ролі хижої тварини (теоретична готовність; в ряді випадків має місце надмірна суворість і теоретичне підґрунтя для свавілля) із зубами травоядної тварини (низький рівень дієвості на практиці). Як видається, використання принципу і методу збалансованості здатне покращити викладену ситуацію.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. Офіційний вісник України. 2001. № 21. С. 1. Ст. 920.
2. Туляков В.О. Сингулярність кримінального права та державний примус. Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані: монографія; за ред. О.В. Козаченка, Є.Л. Стрельцова; МОН України, НУ «ОЮА», каф. крим. права та ін. крим.-прав. дисциплін Миколаїв. ін-т. права, ПРЦ НАПрНУ, ГО «Всеукр. Асоціація крим. права». Миколаїв: Іліон, 2016. 768 с. С. 23–30. 8 с.
3. Гуртовенко О.Л. Термінологічна невизначеність у Кримінальному кодексі України. Актуальні проблеми удосконалення кримінального законодавства України: Тези доп. міжвуз. наук.-практ. конф. (Київ, 25 травня 2007 р.). Київ : Київський національний університет внутрішніх справ, 2007. С. 67–69. 3 с.
4. Гуртовенко О.Л. Питання зворотної дії Кримінального кодексу України в часі у зв'язку із підвищенням розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян в Україні. Часопис Академії адвокатури України. 2011. № 4. С. 1–12. 12 с. URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/396/417>
5. Гуртовенко О. Л. Юридичні аспекти залученості і відчуженості особи в суспільстві: на прикладі кримінального права і не тільки. Часопис Академії адвокатури України. 2012. № 2. С. 1–10. 10 с. URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/307/328>
6. Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. Голос України. 2012. № 73–74.
7. Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005 р. № 8 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-05>
8. Правила судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 р. № 6. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0255-95>
9. Criminal Law Convention on Corruption, 27.1.1999. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f5>
10. United Nations Convention Against Corruption, 31.10.2003. URL: [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026\\_E.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf)
11. Гуртовенко О.Л. Використання в кримінальному кодексі України терміну «неправомірна вигода» у світлі принципу правової певності. Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: мат. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Запоріжжя, 28-29 жовтня 2016 р.); за заг. ред. Т.О. Коломоець. Запоріжжя: ЗНУ, 2016. 172 с. С. 120–122. 4 с.
12. Civil Law Convention on Corruption, 4.XI.1999. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f6>
13. Борденюк В.І., Попович В.П., Кідіна Н.В. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України від 17 квітня 2013 р. на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією». URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=46598](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46598)
14. Борденюк В.І., Попович В.П., Кідіна Н.В. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України від 22 лютого 2013 р. на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства у сфері запобігання і протидії корупції». URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45484](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45484)
15. United Nations Convention Against Corruption, 31.10.2003. URL: [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026\\_E.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf)
16. В микроволновке домашних животных не сушить. Инструкции для особо умных американцев. URL: <http://www.centrasia.ru/newsA.php?st=1070122620>
17. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X. Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. № 51. Ст. 1122.
18. Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори: Закон України від 15 грудня 1995 р. № 60/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995 р. № 10. Ст. 60.
19. Положення про Міністерство охорони здоров'я України: Указ Президента України від 13 квітня 2011 р. Офіційний вісник Президента України. 2011. № 12. С. 45. Ст. 633.
20. Положення про Державну службу України з лікарських засобів та контролю за наркотиками: Постанова Кабінету Міністрів України від 12 серпня 2015 р. № 647. Офіційний вісник України. 2015. № 72. С. 32. Ст. 2354.
21. Питання Державної служби з лікарських засобів та контролю за наркотиками: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 липня 2016 р. № 491-р. Урядовий кур'єр. 2016. № 133.
22. Невеликі, великі та особливо великі розміри наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу. Невеликі, великі та особливо великі розміри психотропних речовин, що знаходяться у незаконному обігу. Великі та особливо великі розміри прекурсорів, що знаходяться у незаконному обігу: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 1 серпня 2000 р. № 188. Офіційний вісник України. 2000. № 34. С. 162. Ст. 1468.