

УДК 343.2/.7

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2025.24.344366>

М. Теплюк,

докт. юрид. наук, заступник Керівника Апарату Верховної Ради України – Керівник Головного юридичного управління, заслужений юрист України, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України;

О. Тубелець,

канд. юрид. наук, головний консультант Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України

ВІДМОВА ВІД КОНЦЕПЦІЇ СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕЧНОСТІ ДІЯННЯ І ЇЇ ВПЛИВ НА МЕХАНІЗМ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Злочинів не існує. Існують вчинки, які в умовах того чи іншого суспільства стають злочинами.

НІЛЬС КРІСТІ. Зручний обсяг злочинів

Стаття присвячена питанням визначення ролі і місця поняття «суспільна небезпечність діяння» у формуванні та реалізації закону про кримінальну відповідальність.

Автори аналізують наукові джерела, у яких висвітлюються ідеї відмови від концепції суспільної небезпечності діяння у чинному законодавстві, всебічно розглядають та критикують аргументи, що наводяться на користь таких ідей.

У статті розглянуті питання, де законодавцю брати орієнтири для вирішення питання розмежування різних видів відповідальності, до яких суб'єктів звернені окремі норми Кримінального кодексу України, досліджено функціональне навантаження матеріального та формального визначень кримінально караного діяння, вплив їх наявності або відсутності на формування тексту закону про кримінальну відповідальність, а також на практику застосування останнього, розглянуто концептуальні питання зв'язку між формулюванням визначення кримінально протиправного діяння і вирішенням завдань закону про кримінальну відповідальність, розглядаються концептуальні питання контролю за застосуванням кримінальної репресії інструментами кримінального закону, зокрема механізми змістовної та процедурної легітимності тексту закону. Обґрунтовується теза про те, що такі ознаки кримінальної протиправності діяння як протиправність і

суспільна небезпечність є механізмами, що забезпечують або сприяють забезпеченню змістовної легітимності закону і їх необхідно розглядати у сукупності. Досліджується взаємозв'язок між матеріальним та формальним визначенням кримінальної протиправності діяння та застосуванням кримінального закону за аналогією, а також взаємозв'язок між поняттями «застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією» та «помилка кваліфікації». Обґрунтовується теза про те, що суспільна небезпечність діяння не є предметом доказування у кримінальному провадженні. Крім того, здійснено аналіз ключових положень проєкту Кримінального кодексу України, розробленого робочою групою з питань розвитку кримінального права, зокрема наведено порівняння завдань, визначених у Концепції, із їх реалізацією у тексті проєкту та спрогнозовано практику правозастосування, засновану на такому тексті.

Ключові слова: *Кримінальний кодекс України; кримінальна відповідальність; суспільна небезпечність діяння; критерії криміналізації діянь; механізми контролю кримінальної репресії; прогнозованість кримінальної репресії; аналогія закону; помилка кваліфікації; проєкт Кримінального кодексу України.*

Постановка проблеми. Указом Президента України від 7 серпня 2019 року № 584/2019 «Питання Комісії з питань правової реформи» у складі згаданої комісії створена робоча група з питань розвитку кримінального права. Серед іншого, перед нею поставлені завдання забезпечити розроблення та внесення Президентові України узгоджених пропозицій з питань вдосконалення правової системи України з урахуванням сучасних викликів та потреб демократичного суспільства, зокрема – підготовки та узагальнення пропозицій стосовно змін до законодавства про кримінальну відповідальність. За результатами діяльності робочої групи відбулася презентація проєкту нового Кримінального кодексу України.

Аналіз положень зазначеного проєкту дає можливість зробити висновок, що автори його тексту при визначенні поняття «кримінальне правопорушення» відмовились від категорії «суспільна небезпечність діяння», обмежившись лише ознакою протиправності діяння. Така концептуальна зміна у поглядах на природу кримінального правопорушення не могла не потягнути перегляду і інших концептуальних питань кримінально-правового

регулювання, зокрема розмежування злочинів та проступків, визначення їх тяжкості, визначення засобів кримінально-правового впливу тощо.

Водночас відповідно до Концепції реформування кримінального законодавства України новий кримінальний закон має бути повністю звільнений від декларативних положень, невластивих сучасному кримінальному праву, проте прямо про відмову від поняття «суспільна небезпечність діяння» не йдеться. Так, одним із положень, на яких має ґрунтуватися новий КК України визначено, що «концептуальною засадою законопроектної роботи є розрізнення юридичної природи злочинів та проступків і відмова від розуміння проступків як різновиду злочинів найменшої суспільної небезпечності. Проступок розуміється як таке протиправне діяння, яке заподіює і не здатне заподіяти істотну шкоду особі, суспільству чи державі, тоді як злочин заподіює істотну, значну, тяжку або надзвичайно тяжку шкоду. Усі вказані види шкоди мають бути чітко дефінійовані у законодавстві, що створить належний законодавчий апарат критеріального розмежування проступку і злочину»¹. Тобто хоча у Концепції йдеться про необхідність розмежування злочинів та проступків на основі розміру шкоди, у її тексті автори продовжують використовувати поняття «суспільна небезпечність діяння».

З цього можна зробити висновок, що ідея відмови від поняття «суспільна небезпечність діяння» була ситуативною і виникла після узгодження Концепції уже безпосередньо на етапі написання тексту проєкту нового КК України.

Отже, що таке суспільна небезпечність діяння, яку функцію виконує це поняття, для чого воно згадується в кримінальному законі, звідки взялась ідея відмови від нього, які наслідки може потягнути така відмова? **Метою** статті є

¹ Концепція реформування кримінального законодавства України. *Проект*. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/08/25/povnyj-tekst-kontseptsiyi-reformuvannya-kk-ukrayiny.pdf> (дата звернення: 30.10.2024) С. 9.

з'ясування відповідей на поставлені питання з точки зору практики нормопроєктування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На сьогодні в Україні одним з визнаних фахівців у сфері вивчення питання суспільної небезпечності діянь є Д. С. Азаров, перший віцепрезидент НаУКМА, доцент кафедри кримінального права та кримінального процесуального права, кандидат юридичних наук, доцент². У своїх доволі нетипових для вітчизняної правової науки роботах «Суспільна безпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття)»³ та «Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту)»⁴ він дійшов цікавих висновків, які просто не мали шансів залишитися непоміченими у науковій спільноті.

Виклад основного матеріалу. Так, у статті «Суспільна безпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття)» висловлюється «гіпотеза про необхідність виключення ознаки суспільної небезпеки з чинного законодавчого визначення поняття злочин і доцільності перебудови наявної системи диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності з використанням чітких формалізованих критеріїв»⁵.

В обґрунтування своєї гіпотези автор здійснює аналіз змісту текстів законів про кримінальну відповідальність європейських держав, Російської імперії, що видавалися, відповідно, у дореволюційний період, а також текстів законів про кримінальну відповідальність радянського та пострадянського

² Азаров Денис Сергійович. URL: <https://law.ukma.edu.ua/specialists/azarov-denys-sergijovych/> (дата звернення: 30.10.2024)

³ Азаров Д. С. Суспільна безпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34 (дата звернення: 30.10.2024).

⁴ Азаров Д. С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (дата звернення: 30.10.2024).

⁵ Азаров Д. С. Суспільна безпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34. С. 139 (дата звернення: 30.10.2024).

періоду. Водночас складається враження, що автор використовує лише два методи: граматичного тлумачення та порівняльно-правового аналізу. При цьому порівнюються тексти XIX – початку XX століття та зміст сучасного КК України.

На наше глибоке переконання, історичні джерела не можна оцінювати з точки зору сучасності. При роботі з історичними джерелами важливо виходити з історичного контексту тієї епохи, про яку йдеться. Недарма в історичній науці джерелознавство складає окрему галузь знань і має власну систему принципів і методів⁶. Вивчаючи зміст джерел права до початку XX століття, аналізуючи зміст конкретних редакцій не слід забувати, що це законодавчі акти монархій/імперій, якими управляли Помазаники Божі (джерело абсолютної влади), також мав місце суттєвий вплив церкви на формування державної політики загалом і кримінальне право як таке відображало передусім релігійний світогляд (вбивство та крадіжка – це в першу чергу гріх і лише потім злочин), також необхідно враховувати стан розвитку правосвідомості, філософської думки, правової науки, якості перекладу текстів з іноземної мови (оскільки він теж може носити суб'єктивний характер), особливості законодавчої процедури, особливості мовлення того часу та мови офіційних актів тощо.

Без цих спеціальних знань навряд чи можна впевнено стверджувати, що «законодавець Російської імперії експериментував з визначеннями». Навіть цитований А. Ф. Кістяківський⁷ просто констатує факт зміни визначення поняття «злочин» у різні періоди часу без будь-якої оцінки переваг чи недоліків певних редакцій закону.

Сумнівною є і позиція автора, що «є достатньо підстав вважати, що в процесі підготовки Уложенія в авторів не виникало сумнівів щодо

⁶ Джерелознавство історичне. *Енциклопедія сучасної України*. URL: <https://esu.com.ua/article-23981> (дата звернення: 30.10.2024).

⁷ Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34. С. 139 (дата звернення: 30.10.2024).

використання саме формального підходу до формулювання поняття злочину». Так Д. С. Азаров, аналізуючи відповідну працю Н. С. Таганцева, зазначає, що «по-перше, вчений зазначає, що наведене визначення поняття «злочинне діяння» було однаковим в усіх проєктах Уложенія і не зазнавало змін. По-друге, коментуючи ст. 1 Уложенія, він особливо відзначає причини, які підштовхнули авторський колектив до пропозиції закріпити поняття «злочинне діяння» в законі, а також «сохранить в законе определения некоторых условий преступности, которые не упоминаются в новейших западноевропейских кодексах, а предоставляются разработке в науке и практике». Розглядаючи згадані «умовия преступности», науковець повністю обійшов увагою матеріальну властивість злочину і жодним чином не поставив під сумнів правильність використання в законі саме формального поняття»⁸.

У зв'язку з наведеним слід зазначити, що, по-перше, твердження Д. С. Азарова про те, що «визначення поняття «злочинне діяння» було однаковим в усіх проєктах Уложенія» не є переконливим аргументом на користь саме усвідомленого формального підходу до визначення поняття. Воно могло скластись історично, на практиці з ним не виникало проблем, а отже і не було потреби в додатковому осмисленні та пошуку інших рішень. Сам Н. С. Таганцев лише констатує факт незмінності. І жодним чином не оцінює редакцію норми. У всякому разі у цитованій частині. Аргумент про те, що «науковець повністю обійшов увагою матеріальну властивість злочину і жодним чином не поставив під сумнів правильність використання в законі саме формального поняття» також вельми сумнівний. Він не означає, що Н. С. Таганцев обійшов матеріальну властивість злочину свідомо. Наведений аргумент працював би лише у тому випадку, якщо б Н. С. Таганцев ретельно розглянув обидва варіанти і свідомо схилився до формального підходу. Але свідчення про це також відсутні.

⁸ Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34. С. 140 (дата звернення: 30.10.2024).

З цієї точки зору фіксування у тексті кримінального закону так званого формального визначення злочину слід розглядати як значне еволюційне досягнення, певне обмеження абсолютної влади монарха в сфері притягнення особи до кримінальної відповідальності. І не більше. Докази на користь конкуренції у науковій думці дореволюційного періоду матеріального та формального підходів до визначення поняття «злочин» та свідомого вибору останнього відсутні.

Отже оцінювати необхідно не лише редакції законів, а й у сукупності фактори, що впливали на їх формування. Аналіз історичних джерел закону про кримінальну відповідальність – це безумовно важливо з точки зору розуміння принципів розвитку правової думки. Проте лише цитування відповідних текстів замало. Тільки після аналізу усіх факторів формування певної редакції можна стверджувати про свідоме формулювання саме формального визначення поняття злочину на противагу матеріальному.

При висвітленні питання підходів до визначення поняття «злочин» у радянський період Д. С. Азаров справедливо зазначає, що у кодексах 1922 та 1927 років зникає вказівка на таку ознаку як протизаконність. Її повністю замінила вказівка на перелік об'єктів посягання. У зв'язку з цим автор зазначає, що «лише на перший погляд пропагандистське значення матеріального визначення поняття «злочин» може видаватися основним. Утім, коріння цього законодавчого рішення, на мою думку, знаходиться значно глибше – у функціональному навантаженні цієї дефініції. Її системно-функціональний аналіз переконує, що основною функцією матеріального визначення поняття «злочин» було забезпечення можливості застосування кримінального закону за аналогією. Саме для запровадження аналогії і отримання можливості карати за вчинення широкого, чітко невизначеного кола діянь радянський законодавець «забуває» про те, що злочин має бути протиправним діянням, а натомість визнає суспільну небезпеку наріжною,

визначальною ознакою злочину, що дозволяє застосовувати закон практично до будь-яких правопорушень»⁹.

У зв'язку з наведеним висновком необхідно звернути увагу на таке.

По-перше, умовивід, що «саме для запровадження аналогії і отримання можливості карати за вчинення широкого, чітко невизначеного кола діянь радянський законодавець ... визнає суспільну небезпеку наріжною, визначальною ознакою злочину» виглядає щонайменше нелогічно. Якщо метою влади у той період часу була саме можливість широкого застосування аналогії, то передусім слід було зняти правові обмеження в реалізації владних повноважень, що потягнуло б необхідність відмовитись від законодавчої вказівки на обов'язкове закріплення в законі ознак конкретних злочинів, тобто формального визначення. Можливість застосування аналогії за своєю правовою природою в першу чергу пов'язана саме з розширенням кола джерел кримінального закону, а вказівка у визначенні злочину на суспільну небезпечність є вторинною. А це принципово інша постановка питання.

По-друге, кримінальний закон – це лише інструмент легітимізації насильства над особою з боку влади. Коли ми стверджуємо, що введення матеріальної ознаки забезпечило можливість широкого запровадження аналогії, ми тим самим констатуємо, що диктатори діють в межах правового поля. І знову ж таки оцінюємо це правове поле з точки зору сучасності, де слово «правове» означає не лише факт формального закріплення в нормах права, але й відповідність існуючій на сьогодні системі прав і свобод особи, і вимогу для держави поважати ці права. О. Г. Данильян у своїй публікації, присвяченій характерним ознакам тоталітарної правосвідомості і правової культури зазначає, що «творці першої в світі тоталітарної, так званої «соціалістичної» держави спиралися в своїй діяльності виключно на «пролетарське право», що виправдовувало будь-які злочини в ім'я

⁹ Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34. С. 141–142 (дата звернення: 30.10.2024).

революційних цілей. При цьому вони практично не використовували термін «право» в класичному його значенні, розуміючи під ним певне квазіправо, що одержало назву «революційного права», «революційної правосвідомості», призначеної для реалізації завдань пролетарської революції і диктатури пролетаріату... На практиці таке ставлення до права призводило до панування тоталітарного режиму, який у своїх діях не був обмежений жодними законами. Така могутня безконтрольна влада, поставлена над правом, отримувала можливість безпосереднього командування машиною державного насильства, репресивним апаратом та діяла поза будь-яким юридичним регулюванням»¹⁰.

Отже, якщо перед диктатором стоїть завдання запровадження масових репресій і тримання певного суспільства у страху, хіба матимуть редакції законів визначальне значення? Якщо у наведених у статті прикладах з медичними працівниками та переведенням годинника працювала б не аналогія, а відповідні зміни вносились би до тексту КК суб'єктом, який його прийняв, і ознака протиправності була б дотримана, невже у фахівців не було б питань до такого закону щодо надмірності репресії? У наведених прикладах аналогія – це передусім механізм делегування законодавчих повноважень. А це вже проблема не кримінального права, а проблема мети та механізмів реалізації державної влади.

По-третє, підтвердженням того, що не матеріальне визначення злочину є ключовою проблемою можуть служити положення Уложенія о наказаниях уголовных і исправительных 1845 року, де одночасно існували обидва визначення. Відповідно до статей 1 та 4 Уложенія «всякое нарушение закона, через которое посягается на неприкосновенность прав Власти Верховной и установленных Ею властей, или же на права или безопасность общества или частных лиц, есть преступление. Преступлением или проступком признается как самое противозаконное деяние, так и неисполнение того, что под страхом

¹⁰ Данильян О. Г. Тоталітарна правосвідомість і правова культура та їх характерні ознаки. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. Випуск 14, 2007. С. 27–35. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2893/1/Daniljan_27.pdf (дата звернення: 30.10.2024).

наказання уголовного или исправительного законом предписано». ¹¹ Автор про це поміж іншим згадує, проте чомусь не надає оцінки, зокрема з точки зору гіпотетичної можливості застосування аналогії. І взагалі не згадується про якусь негативну практику, що могла бути спричинена саме наявністю матеріального визначення злочину в законі про кримінальну відповідальність. То можливо не саме матеріальне визначення призводить до негативних наслідків, а причина криється деінде?

Аналізуючи інші висновки автора ¹² слід зауважити наступне.

1. Для утвердження диктатури пролетаріату потрібна була не аналогія кримінального закону, а репресія як спосіб подолання спротиву і знищення потенційних опонентів.

2. Масові репресії застосовувались би незалежно від наявності інституту аналогії в законі про кримінальну відповідальність. Це лише один із способів легітимізації репресій. Так склалось історично.

3. Визнавати злочином будь-яке діяння дозволяло не запровадження абсолютно невизначеної категорії суспільної небезпеки, а відмова від вказівки на необхідність закріплення виключно в законі ознак злочину. А це дещо інші причинно-наслідкові зв'язки.

4. Нерозривний зв'язок існує між аналогією та розширенням кола джерел кримінального закону саме шляхом відмови від формального визначення, а не законодавчим закріпленням суспільної небезпеки як єдиної (або основної) ознаки злочину.

Наведене підтверджується матеріалами, проаналізованими фахівцями Інституту держави і права ім. В. М. Корецького в монографії «Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму (1929–1941)», де зазначається наступне: «на «юридичному фронті» плідно «воював»

¹¹ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. 1845. URL: http://history.org.ua/LiberUA/UNakUgIspr_1845/UNakUgIspr_1845.pdf (дата звернення: 30.10.2024).

¹² Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34.С.143–144 (дата звернення: 30.10.2024).

не лише А. Я. Вишинський, а й ряд інших «червоних правників». Так, В. М. Криленко ... розглядав ідею доцільності як «основну і керівну у кримінальній політиці», заперечував класичний принцип «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» оскільки, на його думку, «умови нашої політичної дійсності такі, що іноді вимагають застосування закону з відступом від його текстуального тлумачення і дуже часто вимагають застосування не тієї статті, під яку прямо підпадає даний злочин, при знов-таки текстуально точному тлумаченні закону. Політична лінія судової політики при цьому залишається правильною, хоч формально-логічне тлумачення закону страждає»¹³.

А отже висновок про гіпотетичну доцільність виключення ознаки суспільної небезпечності з легального визначення поняття «злочин»¹⁴ є завчасним і потребує більш ґрунтовного опрацювання.

Якщо наведена стаття Д. С. Азарова стосувалася ретроспективи запровадження поняття «суспільна небезпечність діяння», то наступна – «Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту)»¹⁵ – реалій застосування цього поняття, на основі осмислення результатів експерименту щодо виявлення уявлень правників різних спеціалізацій про сутність та функціональність категорії «суспільна небезпека злочину».

У процесі проведення соціологічного експерименту на розгляд виносились такі твердження: 1) ознака суспільної небезпеки має використовуватись у законодавчому визначенні поняття «злочин»; 2) ознака суспільної небезпеки ефективно використовується як інструмент диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності; 3) ознака

¹³ Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму (1929–1941). Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. С. 32–33.

¹⁴ Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 144. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34. (дата звернення: 30.10.2024).

¹⁵ Азаров Д. С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (дата звернення: 30.10.2024).

суспільної небезпеки дає змогу чітко розмежувати різні види правопорушень – злочини та адміністративні делікти; 4) є чіткий тест (алгоритм), що дозволяє однозначно встановити характер і ступінь суспільної небезпеки певного діяння.

Також автором зроблена спроба визначення переваг і недоліків поняття «суспільна небезпека», зроблено розбір сучасної практики використання категорії «суспільна небезпека злочину», зокрема, визначення характеру і ступеня суспільної небезпеки злочину, законодавчої практики врахування характеру і ступеня суспільної небезпеки злочину, судової практики використання категорії «суспільна небезпека злочину», роль цієї категорії в розмежуванні злочинів та інших правопорушень тощо. Також в процесі розгляду зроблено низку цікавих висновків про причинно-наслідкові зв'язки окремих кримінально-правових явищ. Підсумовується робота положенням про те, що «вчення про суспільну небезпеку злочину можуть застосовувати лише компетентні фахівці на рівні підготовки законопроектів, визначення науково обґрунтованих критеріїв криміналізації або декриміналізації діянь, класифікації кримінальних правопорушень та інших способів диференціації кримінальної відповідальності, розроблення чітких правил індивідуалізації останньої тощо. Звісно, такий підхід вимагатиме винайдення (запозичення) способу примусити парламентарів сприймати позицію фахівців, одним із яких, на мою думку, має стати закріплення в законі ґрунтовних засад кримінально-правової політики»¹⁶.

Виходячи з наведеного, автор переглянув свою попередню позицію щодо необхідності відмови від концепції «суспільна небезпека злочину», засвідчивши що ця концепція може застосовуватись. Водночас вказівка на те, що її можуть застосовувати лише компетентні фахівці свідчить про визнання автором високого рівня складності роботи з цією категорією та її важливість.

¹⁶ Азаров Д. С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 17. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (дата звернення: 30.10.2024).

Не з усіма умовиводами, висловленими у цій роботі Д. С. Азаровим, можна погодитись беззаперечно, проте очевидним є той факт, що у наведених роботах підсвічуються надзвичайно актуальні на сьогодні питання ролі і місця кримінального закону в регулюванні суспільних відносин та обсягів його використання державою.

Хоча теза про те, що саме впровадження в кримінальний закон поняття «суспільна небезпечність діяння» спричинило масове застосуванням аналогії (і, відповідно, також масових репресій) у радянський період історії, видається не достатньо обґрунтованою, водночас складно заперечити, що застосування аналогії кримінального закону тісно пов'язане з такими ознаками злочину як протиправність та суспільна небезпечність.

Для чого протиставляти протиправність та суспільну небезпечність? Яку функцію виконує в законі вказівка на протиправність та яку функцію виконує (чи мала б виконувати) вказівка на суспільну небезпечність?

Передусім необхідно з'ясувати, до кого звернені норми КК України. З Особливою частиною проблем не виникає. Кожна стаття – це інформація для громадян про те, якої поведінки слід уникати і яка реакція з боку держави наставатиме (як держава реагуватиме на вчинення актів відповідної поведінки). Для правоохоронних органів та судів – це інформація, яким актам поведінки з боку громадян слід запобігати, на основі яких ознак визнавати поведінку протиправною та як реагувати на вчинені діяння від імені держави.

Але існує Загальна частина. До кого звернені положення, наприклад, статті 1 «Завдання Кримінального кодексу України», або статті 2 «Підстава кримінальної відповідальності» чи статті 11 «Поняття кримінального правопорушення»? Для чого в Кримінальному кодексі України одночасно і норма про підставу кримінальної відповідальності (стаття 2), і норма про поняття кримінального правопорушення (стаття 11)? Яка стаття звернена до громадянина, 2 чи 11, а яка – до держави?

Очевидно, що стаття 1 КК України обмежує сфери застосування кримінально-правового регулювання як репресивного інструменту. На підставі цієї статті не можна використовувати інструментарій кримінального закону для інших цілей, ніж ті, що у ній прописані (наприклад, для боротьби з політичними опонентами). Тобто ця норма працює на рівні формування засад кримінально-правової політики.

Стаття 11 КК України – це про формування певної конструкції в законі, фактично про ознаки певної редакції норми. Ця стаття звернена до законодавця.

Стаття 2 КК України – це про властивості конкретного акту поведінки, який повинен підлягати оцінці: перед вчиненням – особою, а після вчинення – органами досудового розслідування та судом.

З наведеного випливає, що існують (чи повинні існувати) критерії чи ознаки, на які може спиратися законодавець при виділенні кримінальних правопорушень із загальної маси усіх порушень законодавства. При цьому, такі критерії чи ознаки породжуються потребами нормального існування та розвитку суспільства. Крім того, наявність таких критеріїв чи ознак робить діяльність держави у сфері застосування кримінальної репресії зрозумілою, прозорою, прогнозованою та контрольованою. Також повинні існувати критерії чи ознаки, що дозволяють порівнювати між собою діяння з однаковими складами на етапі правозастосування. Усе наведене охоплюється (чи повинно охоплюватися) концепцією «суспільної небезпечності діяння».

Натомість ознака «протиправності» означає, що те, що визначено в кримінальному законі як кримінальне правопорушення, і є протиправним. Вона несе в собі і підкреслює штучну природу правових конструкцій. Якщо право – це інструмент держави, спосіб спілкування держави із суспільством, управління суспільством, то чи завжди держава і суспільство мають спільні інтереси? Чи завжди методи держави відповідають очікуванням суспільства?

У разі залишення лише ознаки протиправності діяння виникає питання: де брати інші формалізовані орієнтири законодавцю, як вирішувати питання, за які діяння повинна наставати кримінальна відповідальність, а за які – цивільна чи взагалі суспільного осуду буде цілком достатньо? Такі орієнтири законодавцю потрібні не заради абстрактної мети формування кримінально-правової політики, а тому, що відповідно до положень Конституції України усі суб'єкти діють в правовому полі (стаття 19 Конституції України). З іншого боку, на що спиратися суспільству, на які показники, щоб визначити, чи передбачена законом репресія достатня та ненадмірна, а її застосування ґрунтується на інтересах суспільства?

Тут слід звернути увагу, що в науковій літературі стосовно поняття «суспільна небезпечність діяння» існує ціла низка упереджень. Зокрема це стосується: 1) радянського походження цієї концепції¹⁷; 2) відсутності в науці єдиного розуміння поняття¹⁸; 3) співвідношення понять «суспільна небезпечність діяння» та шкоди, завданої правопорушенням¹⁹; 4) практики реалізації цієї концепції²⁰.

У частині аргументів про «радянські традиції» та «радянські підходи» слід зазначити, що автори, які використовують подібні аргументи, не вдаються в пояснення, в чому саме полягає проблема «радянськості» і як вона проявляється в сьогоденні. Вважається, що це загально відомі факти, що не

¹⁷ Азаров Д. С. Суспільна безпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34 (дата звернення: 30.10.2024); Азаров Д. С. Розуміння суспільної безпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (дата звернення: 30.10.2024); Азаров Д. С. Деякі аспекти дефініції поняття «тяжкість вчиненого злочину». *Наука і правоохорона*. 2014. № 3. С. 190–195. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nip_2014_3_28 (дата звернення: 30.10.2024); Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ: Супрун В. П. 2021. 389 с.

¹⁸ Азаров Д. С. Розуміння суспільної безпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3; Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ: Супрун В. П. 2021. 389 с.

¹⁹ Азаров Д. С. Деякі аспекти дефініції поняття «тяжкість вчиненого злочину». *Наука і правоохорона*. 2014. № 3. С. 190–195. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nip_2014_3_28 (дата звернення: 30.10.2024).

²⁰ Азаров Д. С. Розуміння суспільної безпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (дата звернення: 30.10.2024).

потребують додаткових роз'яснень. Водночас такий підхід не дає змоги правильно визначити проблему і, відповідно, підібрати ефективний спосіб вирішення. Щоб подолати проблему, передусім необхідно встановити її причину. З аналізу наведених наукових праць можна зробити припущення, що «радянські традиції» кримінально-правового регулювання полягали в тому, що кримінальна репресія була неконтрольована і непрогнозована стосовно окремо взятої особи, і застосування такої репресії було масовим. Таким чином, нерадянський або антирадянській підхід до кримінально-правового регулювання повинен полягати у створенні механізмів контролю за використанням та застосуванням кримінальної репресії. Отже подолання проблеми «радянщини» повинно полягати не у відмові від поняття «суспільна небезпека діяння», а передусім у розробці ефективних правових механізмів контролю кримінально-правової репресії. Тоді відмова від певних понять (у разі необхідності відмови від них) буде засобом, а не самоціллю, що виключить утворення прогалів у правовому регулюванні.

Крім того, ще раз звертаємо увагу, що матеріальне визначення злочину існувало в Уложенні о наказаниях уголовных и исправительных 1845 року, про що зазначалося вище. Отже теза про те, що введення в чинний закон матеріального визначення злочину – це виключно радянський винахід, є необґрунтованою.

Стосовно відсутності у вітчизняній науці єдиного підходу до розуміння поняття «суспільна небезпечність діяння», а також неможливості на цій підставі його застосування як в процесі розмежування злочинного і незлочинного та диференціації відповідальності, так і в процесі індивідуалізації «пересічними юристами» слід зазначити таке.

Сформульовані в процесі соціологічного експерименту твердження, що виносились на обговорення, за своїм змістом свідчать про те, що перед наукою кримінального права стоїть низка завдань, які є ключовими для кримінального права і які на сьогодні не мають задовільного вирішення. За результатами

соціологічного експерименту зроблено висновок, що концепція «суспільної небезпечності діяння» за нинішнього стану її розроблення в науці не здатна належним чином сприяти розв'язанню проблеми розмежування злочинного та незлочинного, встановлення диференціації та індивідуалізації відповідальності. Хоча для фахівців у сфері нормопроєктування це ніколи не було великою таємницею.

Отже, що, на нашу думку, не так зі змістом поняття «суспільна небезпечність діяння» у контексті законотворення?

Відповідно до усталених у навчальній та науковій літературі тез суспільна небезпека – це властивість, притаманна кримінальному правопорушенню, яка полягає в тому, що кримінальне правопорушення спричиняє шкоду суспільним відносинам. Ступінь суспільної небезпечності має об'єктивний характер і не залежить від позиції законодавця. Залежно від особливостей розвитку суспільства вона може з'являтися або зникати, збільшуватись або зменшуватись. Суспільна небезпечність належить до оціночних понять. У цивілізованому суспільстві закон формулюється на підставі вивчення правосвідомості суспільства, на підставі загальносуспільних цінностей²¹.

З наведеного випливає, що визначення суспільної небезпечності діяння – це результат якогось процесу, якоїсь діяльності. Очевидно, що ця діяльність пов'язана з вивченням суспільної правосвідомості та оцінюванням певного масиву інформації.

Тобто визначення ступеня суспільної небезпеки певного діяння необхідно розглядати як процес. На нашу думку, встановити ступінь або міру суспільної небезпечності діяння з метою, наприклад, розмежування кримінального правопорушення та адміністративного делікту означає: зібрати та проаналізувати дані про поширеність певного явища у суспільстві; про шкоду,

²¹ Кримінальне право України: загальна частина: підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, та ін. Харків: Право, 2003. С. 68; Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Київ: Атіка, 2004. С. 41–42; Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України. Київ, 2010. С. 32; Жеребкін В. Е. Логический анализ понятий права. Киев, 1976. С. 43–44.

що спричиняється таким явищем, її природу, обсяги та вектор направленості; про поширеність схожих чи аналогічних за своєю природою явищ; про ефективність різних способів правового впливу загалом; про те, які види правового впливу застосовуються до аналогічних чи схожих явищ; яка ефективність застосування заходів впливу, що застосовуються до аналогічних чи схожих явищ; чи можна застосувати некримінально-правові заходи, яка їх прогнозована ефективність; які заходи запобігання застосовуються, яка їх ефективність; яка прогнозована реакція суспільства; які прогнозовані наслідки для розвитку суспільства тощо.

Крім широкого масиву статистичних даних визначення ступеня суспільної небезпечності діяння потребує ґрунтовного філософського осмислення механізму кримінально-правового регулювання. Не секрет, що система об'єктів кримінально-правової охорони відображає ієрархію цінностей суспільства. Питання встановлення кримінальної відповідальності, її виду та міри за такі діяння як наруга над державними символами або реалізація стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти, що знаходяться на тимчасово окупованих територіях, не може не супроводжуватись філософським осмисленням призначення кримінально-правового регулювання у суспільстві та наслідків застосування такого регулювання для подальшого розвитку суспільства.

І лише на основі цих даних можна приймати рішення про необхідність віднесення діяння до кримінальних правопорушень та застосування кримінально-правового впливу.

Розмежування злочинного і незлочинного – це певною мірою про соціальну справедливість як для осіб, які можуть бути безпосередньо чи опосередковано потерпілими від злочину, так і для осіб, які реалізують свободу волі, але можуть бути покарані за її прояв. Питання визначення, що є справедливим, тисячоліттями турбує людство. Від Арістотеля до Дж. Роулза. Чітких рецептів реалізації принципу справедливості у суспільстві до нині не

віднайдено. Тож навряд чи доцільно вести мову про «чітке» визначення рівня суспільної небезпечності діяння як критерію розмежування злочинного та незлочинного. Таке розмежування завжди буде відносним і оціночним. Але воно завжди повинно бути обґрунтованим і мати ціннісні орієнтири.

Як зазначав В. Є. Жеребкін ще у 1976 році у своїй праці, присвяченій логічному аналізу понять права, «визначити суспільну небезпечність діяння на основі самого лише логічного критерію неможливо. Обумовлено це тим, що ознаки, які утворюють основний зміст поняття «суспільна небезпечність», виражені оціночними поняттями. Всі терміни («шкода», «збиток», «підриває основи» та ін.) хоча і є вихідними для законодавця, є поняттями невизначеними. Жодне з них не має суворо фіксованого основного змісту. Це і призводить до того, що на місце логічної підстави виокремлення предметів (діянь) в певній множині стає підстава позалогічна – правосвідомість»²².

Наведене вище пояснює, чому «пересічний юрист» не може і не повинен здійснювати розмежування між злочинним і незлочинним. Він не має доступу до масиву потрібної інформації і навиків її аналітичної обробки. Суспільна небезпечність діяння – це не той об'єкт, який можна помислити на підставі внутрішнього переконання з використанням залишкових знань, отриманих у закладі вищої освіти. Це недоречне спрощення надзвичайно складного процесу. Взагалі у вітчизняній правовій спільноті існує міф, що будь-який юрист може написати законопроект. Проте, правотворча діяльність – це надзвичайно складний інтелектуальний процес. При створенні законопроекту мають враховуватись як змістовна, так і технічна сторони питання. Але найголовнішим запитом є – правильне визначення проблеми, яка потребує врегулювання.

Хто повинен виступати суб'єктом здійснення діяльності з визначення наявності і ступеня суспільної небезпечності діяння?

²² Жеребкін В. Е. Логический анализ понятий права. Киев, 1976. С. 43–44.

Зі змісту питань, відповідь на які має передувати визначенню суспільної небезпечності діяння, очевидно, що це діяльність наукова. Проте рішення про (де)криміналізацію приймається державою в процесі діяльності відповідних органів державної влади.

Де та точка перетину, у якій наукова думка втілюється у державних рішеннях?

П. Л. Фріс у своєму дослідженні зазначає, що «ми сьогодні маємо національну правову ідеологію, яка знайшла свій сформований вираз, насамперед, у виданій Національною академією правових наук України п'ятитомній «Правовій доктрині України», у Великій українській юридичній енциклопедії, у чисельних монографічних виданнях, наукових публікаціях, коментарях до нормативних актів тощо, авторами яких є учені-правники України»²³.

Проте, апарат державного управління розуміє лише мову юридичних документів. Тобто ідеї, виражені в «численних монографічних виданнях, наукових публікаціях, коментарях до нормативних актів», необхідно викласти у відповідних нормативних документах і тільки після цього такі ідеї зможуть бути втілені у державних рішеннях.

Відповідно до положень Закону України «Про правотворчу діяльність» Наукова концепція розвитку законодавства України – це документ юридичного прогнозування рекомендаційного характеру, в якому на теоретико-емпіричній основі здійснюється системне прогнозування розвитку законодавства України, його окремих сфер, галузей та напрямів. Розроблення Наукової концепції розвитку законодавства України покладається на Національну академію наук України. Наукова концепція розвитку законодавства України надсилатиметься до Кабінету Міністрів України для її врахування під час планування правотворчої діяльності.

²³ Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ: Супрун В. П. 2021. С. 112.

Крім того, на міністерство, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах освіти і науки, наукової, науково-технічної діяльності, покладається здійснення моніторингу наукових результатів у захищених дисертаціях на здобуття ступеня або наукового ступеня у сфері права та її направленням його результатів до міністерства, що забезпечує формування державної правової політики, для врахування їх у правотворчій діяльності.

Отже, на сьогодні уже існує законодавчо напрацьований механізм, покликаний забезпечувати реалізацію провідних наукових ідей у національному законодавстві. Той факт, що дія наведеного механізму відтермінована у часі, не виключає можливості напрацювання науковою спільнотою проєктів відповідних документів уже сьогодні.

У науковій спільноті побутує думка щодо необхідності «винайдення (запозичення) способу примусити парламентаріїв сприймати позицію фахівців»²⁴. Проте, на нашу думку, в даному випадку «примушування» не може бути визнано ні належним механізмом, ні ефективним. Наукове забезпечення правотворчої діяльності може і повинно здійснюватися виключно в конституційний спосіб з урахуванням особливостей діяльності та конституційно-правової природи окремих суб'єктів механізму державного управління. Розробка механізму впровадження наукових ідей у вітчизняне законодавство також повинна здійснюватися з урахуванням останніх досягнень наукової думки.

Повертаємось до питання концепції суспільної небезпечності діяння.

У чому основна проблема аналогії та які негативні наслідки приписуються концепції суспільної небезпечності діяння в радянський період часу загалом? Вони виключали контрольованість застосування кримінальної репресії. Відсутність чітких формалізованих критеріїв визначення злочину

²⁴ Азаров Д. С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3.С.17. (дата звернення: 30.10.2024).

породжує непрогнозовану множинність підстав застосування кримінального закону. В той же час демократична правова держава буде свою внутрішню діяльність на принципах прозорості та передбачуваності. А отже закон про кримінальну відповідальність як інструмент репресії повинен містити низку механізмів-запобіжників, що забезпечували б прозорість і передбачуваність як його прийняття, так і реалізації.

Контроль за застосуванням кримінальної репресії повинен відбуватися як на законодавчому, так і правозастосовному рівні. На правозастосовному рівні – це механізми контролю за правильністю кваліфікації та правильним призначенням кримінального покарання. На законодавчому рівні – через дотримання парламентських процедур прийняття закону (процедурна легітимність) та шляхом оцінки змісту такого закону, тобто, що склад злочину відповідає потребам суспільства, а санкція є достатньою, ненадмірною і ефективною (змістовна легітимність). Належне дотримання парламентських процедур дозволяє не лише формально легітимізувати акт, а і є своєрідною гарантією досягнення змістовної легітимності.

За яких умов чи механізмів досягається змістовна легітимність закону про кримінальну відповідальність?

На нашу думку, до механізмів, що забезпечують або сприяють досягненню змістовної легітимності закону про кримінальну відповідальність, слід віднести положення про завдання кримінального закону, вказівку на такі ознаки злочину як протиправність та суспільна небезпечність, неприпустимість використання бланкетних норм та оціночних понять.

Передусім у законі про кримінальну відповідальність повинно бути зафіксовано його завдання. Визначення завдання закону про кримінальну відповідальність, його мети дозволяє забезпечити як прогнозованість сфер, що можуть захищатися законом про кримінальну відповідальність в цілому, так і прогнозованість прийняття і застосування конкретних норм, дозволяє оцінювати ефективність дії кримінального закону. Відповідно до положень

статті 1 КК України (у чинній редакції) Кодекс має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від кримінально-протиправних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання кримінальним правопорушенням. Ключове слово тут – охорона. Якщо закон про внесення змін до КК України не сприяє реалізації завдання кримінального закону в цілому, то виникає питання про правові підстави застосування інструментів кримінально-правового регулювання (як найбільш репресивних) для врегулювання суспільних відносин. Прикладом такої невідповідності можуть служити так звані закони 16 січня 2014 року. Вони були не лише ухвалені з грубим порушенням регламенту і законодавчої процедури (голосування відбувалося шляхом підняттям рук без використання системи «Рада» та без обговорення, а їх тексти стали доступні тільки після голосування). Ці законодавчі акти обмежували права громадян, надавали органам державної влади більшу свободу дій у сфері покарання учасників акцій протесту і мали на меті криміналізувати правомірні діяння опозиції та громадянського суспільства. Отже у цьому випадку була відсутня як процедурна, так і змістовна легітимність.

Крім того, оскільки кримінальний закон носить системоутворюючий характер у механізмі кримінально-правового регулювання, то мета (завдання) кримінального закону не можуть не мати впливу на визначення мети (завдань) процесуального закону, закону про виконання кримінального покарання, законів у сфері попередження кримінально-протиправних діянь, а, відповідно, орієнтують та організують діяльність органів державної влади, покликаних реалізовувати відповідні функції.

По друге, це вимога визначення у законі переліку діянь, визнаних кримінальними правопорушеннями, тобто законодавче закріплення формальної ознаки кримінального правопорушення.

Так, відповідно до частини другої статті 1 КК України для здійснення свого завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили. Статтею 11 КК України визначено, що кримінальним правопорушенням є передбачене Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення. Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого Кодексом (стаття 2 КК України). Не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі (частина друга статті 11 КК України).

Отже, для чого потрібна фіксація в законі такої ознаки злочину як протиправність? Закріплення в законі формальної ознаки кримінального правопорушення передбачає дію низки взаємопов'язаних механізмів, що прямо чи опосередковано покликані гарантувати громадянам захист від проявів сваволі з боку держави. Так, КК України є єдиним нормативно-правовим актом, що містить вичерпний перелік кримінальних правопорушень. Подібне «організаційне» рішення дозволяє досягнути одразу декількох цілей. Передусім таким чином виконується вимога пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, відповідно до якої виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами (!) та відповідальність за них. І оскільки КК України – це закон, отже він проходить у Парламенті відповідні процедури, що гарантує його змістовну легітимність (презумпцію легітимності). По-друге, забезпечується належна реалізація статей 57 та 68 Конституції України в частині гарантування права особи знати свої права та обов'язку держави забезпечити доведення змісту нормативно-правових актів

до відома населення, а також обов'язку громадян неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей.

Проте існує ще один аспект протиправності. Вище, коли ми аналізували практику застосування аналогії у її зв'язку із такими ознаками злочину як протиправність та суспільна небезпечність, ми уже ставили питання, а якби описані у статті Д. С. Азарова²⁵ приклади застосування аналогії пройшли належну для того періоду законодавчу процедуру, чи виникало б питання про надмірність криміналізації? Хіба лише належна реалізація принципу «*nullum crimen sine lege*» здатна убезпечити від надмірної криміналізації? Тобто аналогія – це погано, бо це порушення принципу точного і неухильного виконання закону стосовно окремо взятих людей, а як тоді з'ясувати, чи не є криміналізація надмірною, тобто чи її надмірність не порушує право свободи волі невизначеного кола осіб?

Саме на останнє питання, на нашу думку, на сьогодні повинна відповідати практика реалізації концепції суспільної небезпечності діяння. В усякому разі нічого кращого поки не винайдено. Виходячи з наведеного, на нашу думку, і ознаку протиправності, і ознаку суспільної небезпечності діяння необхідно розглядати, по-перше, виключно у комплексі і, по-друге, як необхідний комплекс механізмів, покликаних контролювати обсяг кримінальної репресії у державі як на законодавчому, так і на правозастосовному рівнях.

І, нарешті, четвертий механізм контролю обсягу кримінальної репресії – це обмеження використання у редакціях норм кримінального закону положень з ознаками бланкетності та оціночних понять, що розмивають межі кримінальної відповідальності та порушують вимогу правової визначеності закону, як один із аспектів принципу верховенства права.

²⁵ Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34 (дата звернення: 30.10.2024).

Тут як приклад можна навести статтю 114¹ «Перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань» КК України. Відповідно до частини першої цієї статті перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань в особливий період – карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

Хоча норма не є бланкетною у безпосередньому значенні цього поняття, проте для з'ясування, які саме види діяльності складають законну діяльність Збройних Сил України та інших військових формувань, необхідно вивчити комплекс профільних нормативно-правових актів. Тобто об'єктивна сторона складу злочину сформульована невизначено широко.

Яка ж практика застосування цієї норми? Аналіз вироків з Єдиного державного реєстру судових рішень свідчить, що кваліфікація за частиною першою статті 114¹ КК України може здійснюватися у разі побиття військовослужбовця (справа № 723/341/19²⁶), здійснення дій, направлених на сприяння безпідставному ухиленню від проходження військової служби військовозобов'язаному та діючому військовослужбовцю Збройних Сил України (справа № 175/556/23²⁷), запису та поширення відеозапису, який містить образу честі і гідності військовослужбовців Збройних Сил України та працівників Національної поліції України, які здійснюють заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації (справа № 204/3247/22²⁸), розміщення на приміщенні військової частини листівки з написами «СДАВАЙТЕСЬ. НАША РОДИНА СССР!!!! МОЛОДАЯ ГВАРДИЯ» та «УКРАИНСКИЕ ВОЕНОСЛУЖАЩИЕ СДАВАЙТЕСЬ! МОЛОДАЯ ГВАРДИЯ» (справа

²⁶ Вирок Сторожинецького районного суду Чернівецької області від 17 травня 2019 року у справі № 723/341/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81837770> (дата звернення: 30.10.2024).

²⁷ Вирок Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 07 червня 2023 року у справі № 175/556/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111368762> (дата звернення: 30.10.2024).

²⁸ Вирок Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська від 20 червня 2022 року у справі № 204/3247/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104838516> (дата звернення: 30.10.2024).

№ 484/2702/22²⁹), сприяння організації незаконного переправлення особи через державний кордон України шляхом наданням засобів тим самим також зменшуючи мобілізаційний ресурс (справа № № 742/153/24³⁰), запровадження схеми перешкоджання здійснення мобілізації військовозобов'язаних осіб під час воєнного стану шляхом оформлення їх на денну форму навчання у вищі навчальні заклади за грошову винагороду (справа № 537/233/24³¹) тощо.

Окрему категорію складають провадження про притягнення до кримінальної відповідальності на підставі частини першої статті 114¹ КК України за створення та адміністрування телеграм- чи вайбер-груп з інформацією про місця вручення повісток працівниками ТЦК та СП, чим створюються передумови для того, щоб особи з числа громадян України, ознайомившись з даною інформацією в чаті, могли уникнути зустрічі з військовослужбовцями ТЦК та СП та відповідно їхнього призову на військову службу³². У зв'язку з наведеним не зовсім зрозуміло, чому назване діяння кваліфікується судами саме за частиною першою статті 114¹ КК України, а не за частиною другою статті 114² КК України, відповідно до змісту якої

²⁹ Вирок Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 09 листопада 2022 року у справі № 484/2702/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107193164> (дата звернення: 30.10.2024).

³⁰ Вирок Прилуцького міськрайонного суду Чернігівської області від 15 січня 2024 року у справі № 1-кп/742/158/24. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116301866> (дата звернення: 30.10.2024).

³¹ Вирок Крюківського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 18 січня 2024 року у справі № 1-кп/537/76/2024. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116373768>.

³² Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 13 квітня 2023 року у справі № 161/5242/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110214273>; Вирок Придніпровського районного суду м. Черкаси від 06 липня 2023 року у справі № 711/3961/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/112016601>; Вирок Дарницького районного суду м. Києва від 05 червня 2023 року у справі № 753/6889/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111344469>; Вирок Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 16 жовтня 2023 року у справі № 344/14510/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114193605>; Вирок Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 02 жовтня 2023 року у справі № 157/1546/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113902758>; Вирок Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 14 вересня 2023 року у справі № 346/3338/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113471837>; Вирок Соснівського районного суду м. Черкаси від 27 липня 2023 року у справі № 712/6496/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/112503646>; Вирок Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 26 липня 2023 року у справі № 344/9926/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/112424960> тощо.

кримінальна відповідальність настає за поширення інформації про переміщення, рух або розташування Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, за можливості їх ідентифікації на місцевості, якщо така інформація не розміщувалася у відкритому доступі Генеральним штабом Збройних Сил України, Міністерством оборони України або іншими уповноваженими державними органами, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану.

У своїй статті Д. С. Азаров до аналогії відносить випадки розширювального тлумачення кримінально-правової норми губернськими судами (справи про крадіжку коней чи худоби)³³. З огляду на наведене вище, практика застосування статті 114¹ КК України судами – це вже застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією, чи ще помилки кваліфікації? Де пролягає межа між застосуванням закону за аналогією та помилкою кваліфікації? Яка з ознак кримінально протиправного діяння, закріплених у КК України, призводить до подібного правозастосування?

Чи існують комплексні дослідження правової природи аналогії кримінального закону і способів її реалізації сьогодні? В. Б. Харченко, наприклад, стверджує, що на сьогодні за аналогією застосовується стаття 176 «Порушення авторського права та суміжних прав» КК України³⁴. Отже можна припустити, що в тих чи інших формах аналогія існує на правозастосовному рівні. І проблема її існування полягає не в законодавчій редакції визначення поняття «кримінальне правопорушення», а в точному і неухильному дотриманні закону органами правозастосування.

Підсумовуючи наведене вище, можемо стверджувати, що не слід демонізувати окремі елементи механізму кримінально-правового регулювання.

³³ Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34 (дата звернення: 30.10.2024).

³⁴ Харченко В. Б. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією: заборонено чи все ж таки допустимо? URL: <https://dspace.univd.edu.ua/items/45f8437b-cf1e-43d7-9e6e-b7b881cac2f4> (дата звернення: 30.10.2024).

Тут мають значення не окремі слова чи поняття, а зміст механізмів і їх застосування. Якщо механізм кримінально-правового регулювання відповідає меті захисту суспільних відносин, не порушує прав особи, функціонує в системі чітко визначених принципів, правильно виписаний з огляду на техніку нормопроектування, то його застосування буде належним і ефективним навіть не зважаючи на окремі редакційні недоліки. Водночас, якщо кримінальний закон використовувати для досягнення мети відмінної від мети захисту суспільних відносин, такий закон не може бути визнаний легітимним і його редакції нема сенсу оцінювати з правової точки зору.

У зв'язку з наведеним вище пропонуємо розглянути основні механізми, закладені в основу проекту нового КК України (далі – проект) та проаналізувати їх з точки зору забезпечення контрольованості кримінальної репресії.

Передусім слід зазначити, що у проекті відсутні положення, що визначали б завдання КК України. Оскільки відповідно до Концепції реформування кримінального законодавства України³⁵ кримінальний закон має бути повністю звільнений від положень щодо визначення завдань кримінального закону чи цілей покарання тощо, то запроваджена на основі такого закону кримінально-правова репресія – це репресія без офіційно заявленої мети. Її запровадження не має чіткого правового обґрунтування. Репресія, яка на рівні закону не має мети (як безпосередньо визначеної, так і мети, яка вбачалась би із запроваджених законодавчих механізмів) не може бути визнана конституційним обмеженням прав і свобод в контексті статті 3 Конституції України.

Натомість у редакції проекту від 1 серпня 2024 року з'явилась стаття 1.1.1. «Призначення Кримінального кодексу», відповідно до якої «Кримінальний кодекс визначає підстави та межі повноважень органів

³⁵ Концепції реформування кримінального законодавства України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/08/25/povnyj-tekst-kontseptsiyi-reformuvannya-kk-ukrayiny.pdf> (дата звернення: 30.10.2024).

державної влади щодо осіб, які вчинили кримінальні правопорушення та інші передбачені цим Кодексом діяння, з метою забезпечення людини, суспільства та держави».

В частині використання слів «Кримінальний кодекс визначає підстави» слід зазначити, що оскільки ця норма є ключовою для розуміння концепції кримінального закону загалом, то необхідно чітко вказати підстави чого саме визначає цей проєкт. Про те, що він не визначає підстави кримінальної відповідальності буде сказано і обґрунтовано нижче.

У частині слів «визначає ... межі повноважень органів державної влади щодо осіб, які вчинили...» слід зазначити, що межі повноважень органів державної влади визначаються статусними законами, а реалізуються згідно з процесуальними чи процедурними нормами. Такі норми в тексті проєкту не містяться. Якщо вони міститимуться у ньому, то чи не доведеться переглядати предмети галузей права кримінально-правового циклу?

У частині слів «з метою забезпечення людини, суспільства та держави» слід зазначити, що мета виписана настільки абстрактно і широко, що її можна помислити і як «захистити усе хороше від усього поганого», і як «мета виправдовує засоби». А остання теза уже була гаслом у вітчизняній історії кримінально-правового регулювання і цю колективну травму ми, судячи з усього, поки не тільки не пропрацювали, а ще й не до кінця усвідомили.

Відсутність вказівки на джерело потенційної небезпеки, від якої необхідно «убезпечувати» кримінально-правовими засобами, може призвести до необґрунтовано широкого використання кримінальної репресії, що, в свою чергу, ставить під сумнів відповідність положень проєкту принципам юридичної визначеності, пропорційності та гуманізму (статті 1.2.2., 1.2.4., 1.2.6.).

Якщо при формуванні тексту кримінального закону розраховувати на те, що «всім все і так зрозуміло», то необхідно пам'ятати про факти свавілля держави у 1937 році, а історія, як відомо, циклічна.

Кримінальним правопорушенням, відповідно до статті 2.1.1., є протиправне діяння, яке відповідає складу злочину чи проступку, передбаченого Кодексом. Кодекс визначає вичерпний перелік злочинів і проступків (стаття 1.1.2.)

Тобто з усіх ознак кримінального правопорушення залишилась лише одна ознака – протиправність.

При цьому, протиправність визначається як порушення заборони, передбаченої законом чи іншим джерелом права (стаття 2.1.2.). Тут виникає питання: про яку саме протиправність йдеться? Кримінально-правову чи загалом? Якщо йдеться про загальну протиправність, то для чого про неї згадувати в кримінальному кодексі? Якщо ж все-таки про кримінально-правову, то чому кримінально-правова заборона (а відповідно і кримінально-правова політика) повинна формуватися непрогнозовано широким колом «джерел права». До джерел права, крім нормативно-правових актів (законів та підзаконних), як відомо, відносяться правові прецеденти, правові звичаї, нормативно-правові договори, релігійні тексти тощо. За відсутності визначених завдань у тексті КК України, на які критерії повинні орієнтуватися суб'єкти видання «інших джерел права», щоб встановлювати кримінальну протиправність?

Відповідно до статті 2.1.3. складом кримінального правопорушення (складом злочину чи складом проступку) є сукупність обов'язкових ознак, що визначають об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт та суб'єктивну сторону складу кримінального правопорушення. Зміст ознак складу кримінального правопорушення встановлюється на підставі положень Кодексу *та інших джерел права*. Тобто тлумачення норм кримінального закону відбуватиметься також непрогнозовано.

З наведеного випливає, що відсутня не лише мета застосування кримінальної репресії, тобто вектор її спрямованості, а й прогнозованість її використання та застосування. Отже хоч формально у тексті проєкту відбулася відмова від категорії «суспільна небезпечність діяння», проте запропонована

редакція поняття «правопорушення», а також поняття «протиправність» передбачають можливість надто широкого тлумачення, що не враховує головну мету такої відмови – використання чітких формалізованих критеріїв для забезпечення контрольованості кримінальної репресії.

У зв'язку з відсутністю поняття «суспільна небезпечність діяння» запропоновано розмежовувати кримінальні правопорушення та інші правопорушення, злочини та проступки, а також злочини між собою на основі такого критерію як тяжкість (стаття 2.5.1.). Тяжкість кримінального правопорушення визначається видом і розміром спричиненої шкоди та формою вини.

Одна з основних проблем чинного КК України на сьогодні пов'язана з відсутністю законодавчого усвідомлення діалектичної послідовності логічного ланцюжка: суспільна небезпечність діяння – тяжкість кримінального правопорушення – вид і міра покарання. Фактично суспільна небезпечність діяння знаходить своє вираження через санкції статей КК України. В свою чергу у зв'язку з безсистемним внесенням змін до КК України наразі існуюча система санкцій Особливої частини не здатна належним чином відображати науково обґрунтовану систему суспільної небезпечності діянь.

Автори законопроекту прийшли до висновку, що суспільна небезпека – це політико-правовий феномен, який повинен враховуватися законодавцем під час криміналізації та декриміналізації діянь, проте не має бути ознакою кримінального правопорушення. Замість суспільної небезпеки як його ознаки, в законі необхідно визначити дещо конкретне – *таке, що можна довести доказами*³⁶. Натомість зазначається, що шкодою є конкретні втрати, створення вади, дефекту, патології певної соціальної цінності – прав чи правоохоронюваних інтересів особи, суспільства, держави тощо. Оскільки об'єктом складу кримінального правопорушення є соціальна цінність, якій

³⁶ Проєкт нового Кримінального кодексу України: передумови розробки, концептуальні засади, основні положення: монографія. Київ: Компанія ВАІТЕ. С. 98.

спричиняється шкода (стаття 2.2.1.), то за відсутності певної шкоди немає кримінального правопорушення (відсутня суттєва шкода – немає злочину, а відсутня істотна шкода – немає і кримінального проступку). Шкода означає, що життя здоров'я чи річ втрачено, зруйновано або зіпсовано, довкілля забруднено, порядок порушено, безпека зникла тощо. Таку *шкоду можна довести доказами*³⁷.

Про необхідність доказування говорить і П. Л. Фріс із посиланням на Д. С. Азарова³⁸. Так, Д. С. Азаров у своїй роботі, присвяченій результатам соціального експерименту, стверджує, що «суспільна небезпека є складовою підстави кримінальної відповідальності, а тому вона має належати до обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, хоч це безпосередньо і не передбачено кримінальним процесуальним законодавством. Утім, суспільну небезпечність діяння зазвичай не доводять, відповідні питання розглядають лише тоді, коли діяння претендує на визнання його малозначним»³⁹.

Тут необхідно розібратися, що і на якому етапі підлягає доказуванню і чи дійсно необхідно доказувати наявність суспільної небезпеки діяння.

Так, В. Є. Жеребкін ще у 1974 році звертав увагу, що «злочинним діянням, тобто діянням суспільно небезпечним і протиправним, передбачається законодавцем лише те, що містить ознаки того чи іншого конкретного діяння – ознаки крадіжки, грабежу, спекуляції тощо. Наведене обумовлює те, що якщо конкретне діяння містить ознаки видової відмінності, ознаки, якими один вид злочину відрізняється від іншого, то це означає, що діяння містить одночасно і ознаки родового поняття, тобто є діянням суспільно небезпечним та протиправним і, відповідно, воно містить в собі

³⁷ Проект нового Кримінального кодексу України: передумови розробки, концептуальні засади, основні положення: монографія. Київ: Компанія ВАІТЕ. С. 98.

³⁸ Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ: Супрун В. П. 2021. С. 303.

³⁹ Азаров Д. С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3. С. 10. (дата звернення: 30.10.2024).

конкретний склад злочину. Якщо окреме діяння не містить усіх ознак видової відмінності, значить воно не наділене і ознаками видового поняття, не є діянням суспільно небезпечним і протиправним, відповідно не є злочинним. Висновок про приналежність окремому діянню ознак родового поняття злочину робиться тільки на основі ознак видової відмінності... Встановлення в конкретному діянні ознак видової відмінності є доказом того, що це діяння наділене і ознаками родового поняття «злочин»⁴⁰.

Знову звернемося до змісту статей 1, 2 та 11 КК України (у чинній редакції), а також до питання, до кого звернені ці норми.

Частиною другою статті 1 КК України визначається, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями. З наведеної норми, серед іншого, випливає, що існують суспільно небезпечні діяння, які не визнані кримінальними правопорушеннями, і, судячи з усього, не повинні визнаватися такими. Отже суспільна небезпечність діяння притаманна не лише кримінальним правопорушенням. Таким чином, при розгляді питання про криміналізацію певних діянь їх суспільна небезпечність встановлюється ще до їх включення до КК України. Процедура обґрунтування суспільної небезпечності таких діянь є частиною правотворчої діяльності. Якби суспільну небезпечність діяння як підставу криміналізації необхідно було доказувати у кожному провадженні, то для чого тоді кримінальний закон з переліком кримінальних правопорушень?

Відповідно до частини першої статті 2 КК України підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого Кодексом. Тут дійсно фігурують поряд і склад злочину, і ознака суспільної небезпечності діяння. З наведеної норми випливає, що діяння, яке формально містить склад злочину, може не становити суспільної небезпеки, тоді його вчинення не тягне за собою кримінальної відповідальності. Це стосується

⁴⁰ Жеребкін В. С. Логическая структура состава преступления (текст лекции). Харьков, 1974. С. 25.

обставин, що виключають кримінальну протиправність (злочинність – у редакції закону до 2020 року) діяння, тобто є суспільно корисними. Обставини, що виключають злочинність діяння, – це передбачені КК України, а також іншими законодавчими актами зовнішньо схожі зі злочинами суспільно корисні (соціально прийнятні) і правомірні вчинки, які здійснені за наявності певних обставин і виключають злочинність діяння, а тим самим і кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду⁴¹. Відповідно до статті 91 КПК України у кримінальному провадженні підлягають доказуванню подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); обставини, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження. У кримінальному процесі наявність обставин, що виключають злочинність діяння, свідчить про відсутність події злочину і є підставою для закриття провадження⁴².

Тобто у даному випадку доказуванню підлягає не наявність суспільної небезпечності діяння, а наявність відповідних обставин. Суд на підставі наявних доказів та внутрішнього переконання обґрунтовує відсутність у діянні суспільної небезпеки.

Відповідно до частини другої статті 11 КК України не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки

⁴¹ Кримінальне право України: загальна частина: підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, та ін. Харків: Право, 2003. С. 249.

⁴² У контексті проблем, що розглядаються у цій праці, цікаво звернути увагу на зміну термінології кримінального закону. Коли йшлося про обставини, «що виключають злочинність діяння», на нашу думку, це поняття було цілком коректним, оскільки поняття «злочин» на той момент містило низку ознак (суспільна небезпечність, протиправність, винність, караність), які розглядалися у сукупності і виключення хоча б однієї з них виключало злочинність діяння в цілому. Натомість, після заміни поняття «злочин» на поняття «кримінально протиправне діяння» відповідні обставини стали називатися такими, «що виключають кримінальну протиправність діяння». Така назва, на нашу думку, не враховує ні правової природи ознаки протиправності, ні правової природи зазначених обставин. З точки зору ознаки протиправності слід звернути увагу, що формальна протиправність зберігається, оскільки шкода певним відносинам завдається, діяння містить склад правопорушення, крім того є відповідальність за перевищення меж необхідної оборони та при затриманні особи, що вчинила кримінальне правопорушення. Натомість такі діяння визнаються суспільно корисними, що нівелює їх суспільну небезпечність. Тобто обставини, передбачені розділом VIII КК України, виключають не кримінальну протиправність, а саме суспільну небезпечність діяння. Тому їх правова природа потребує подальшого вивчення і осмислення в усякому разі в межах діючої концепції кримінально-правового регулювання. Особливо необхідність осмислення правової природи подібних обставин виглядає актуальною у світлі проекту нового КК України, де протиправність є єдиною ознакою кримінального правопорушення.

будь-якого діяння, передбаченого КК України, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Згідно зі статтею 91 КПК України у кримінальному провадженні підлягають доказуванню вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Суд на підставі наявних доказів та внутрішнього переконання обґрунтовує відсутність у діянні суспільної небезпеки.

Отже, повертаючись до питання, чи має суспільна небезпечність діяння належати до обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, вважаємо за необхідне звернути увагу на наступне.

Одним із принципів криміналізації діяння є так званий принцип «процесуальної здійсненності переслідування»⁴³, що означає, що можливість виявлення і доведення правопорушення визначається такою його властивістю як залишення ним матеріальних слідів, що мають здатність зберігатися, а також відбиватися у свідомості осіб, не зацікавлених у прихованні злочину (технічний аспект проблеми можливості доведення). Натомість концепцію «суспільної небезпечності діяння» за правовою природою можна віднести до юридичних фікцій. Це штучне правове явище, інтелектуальний прийом, зумовлений потребами правового регулювання, що декларується як необхідний елемент системи права та набуває юридичного значення. Юридична фікція (юридична абстракція) часто розглядається як прийом юридичної техніки, який для цілей правового регулювання визнає дійсними ті юридичні факти, що відсутні в реальному житті, і навпаки. З правової природи фікції випливає, що вона не підлягає оспоруванню⁴⁴.

⁴³ Пашенко О. О. Можливість боротьби з суспільно-небезпечним діянням як обставина соціальної обумовленості кримінально-правової норми. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2 (5). С. 54.

⁴⁴ Юридична фікція. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%AE%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B0_%D1%84%D1%96%D0%BA%D1%86%D1%96%D1%8F (дата звернення: 30.10.2024).

Таким чином, хоча суспільна небезпечність є невід’ємною ознакою кримінально протиправного діяння, проте вона не здатна залишати матеріальні сліди, а отже її неможливо зафіксувати засобами криміналістичного дослідження, а отже і довести в рамках кримінального провадження. Доказуванню у кримінальному провадженні підлягають або відсутність суспільної небезпечності діяння за наявності складу злочину (обставини, що виключають злочинність діяння), або розмір шкоди, завданий кримінальним правопорушенням, за який не доцільно застосовувати заходи кримінально-правового впливу. Таким чином твердження, що суспільна небезпечність діяння «має належати до обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні», є необґрунтованим.

Ще раз акцентуємо увагу: суспільну небезпечність діяння, як ознаку юридичного складу кримінального правопорушення, необхідно не доказувати, а обґрунтовувати у процесі законодавчої процедури на підставі аналізу відповідних суспільних процесів на основі статистичних та інших даних з використанням наукових методів. Встановлення ж суспільної небезпечності конкретного діяння обґрунтовується судом шляхом встановлення фактичного складу кримінального правопорушення, обставин, що виключають злочинність діяння, та малозначності діяння.

Більш детального розгляду потребує концепція шкоди.

П. Л. Фріс в обґрунтування концепції шкоди зазначає наступне: «теорія суспільної безпеки базується на достатньо простій логічній лінійці «злочин завжди спричиняє (безпосередньо чи потенційно) шкоду – шкода спричиняється конкретному суб’єкту – кожен суб’єкт є членом суспільства і тому шкода спричиняється суспільству загалом». Саме тому злочин завжди суспільно небезпечний. Але матеріальність перебуває у шкоді і «розтягування», трансформування її на суспільство не може бути визнано коректним. Шкоду завжди можна реально вирахувати. Суспільну безпеку – неможливо. А той, хто зробить спробу це зробити, знов-таки повернеться до

шкоди. Так що ж є матеріальною ознакою? Шкода чи суспільна небезпека? Так чи інакше ми відповідаємо, що матеріальною є шкода. Так для чого потрібна суспільна небезпека?⁴⁵». Порівнюючи визначення лексем «шкода» та «небезпека» далі він зазначає «як наочно видно – це абсолютно різні за своїм змістом категорії, з яких одна є базовою (шкода), а друга ефемерною (уявною, нереальною). Так на чому ж треба базувати визначені явища? На конкретиці, яка підлягає визначенню, вираховуванню, об'єктивізації? Чи на уявності, абстракції, яка хоч і може бути визначена за допомогою відповідних розрахунків, аналізу, прогнозуванню та ін., але завжди буде містити відповідний (більший чи менший) відсоток вірогідності її настання у реалії»⁴⁶.

Отже, автори законопроекту та П. Л. Фріс схиляються до думки, що розмежування кримінальних правопорушень необхідно запроваджувати на основі шкоди, оскільки її можна реально вирахувати та доказати.

Аналіз відповідних наукових робіт та проекту свідчить, що слово «шкода» використовується і для позначення впливу кримінальних правопорушень на «соціальні цінності» (при цьому наразі відсутня напрацьована наукова концепція «соціальної цінності» і її ролі в кримінально-правовому регулюванні), і для позначення шкоди, завданої потерпілому внаслідок конкретного правопорушення. Виникає питання: як вирахувати і доказати шкоду у злочинах без потерпілих? Якщо зазначені вище автори наполягали на необхідності доказування суспільної небезпечності діяння, на нашу думку буде справедливо вимагати механізму доказування шкоди, зокрема у кримінальних правопорушеннях без потерпілих. Наприклад, у таких кримінальних правопорушеннях як державна зрада, або колабораціонізм. Якщо таку шкоду можна «реально вирахувати», то в яких одиницях вона має виражатися?

Проаналізуємо текст проекту. Він містить статті, присвячені розміру шкоди здоров'ю (стаття 1.4.3.), розміру майнової шкоди (стаття 1.4.4.), а також

⁴⁵ Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ: Супрун В. П. 2021. С. 295.

⁴⁶ Там само. С. 296.

визначені види шкоди: істотна, суттєва, значна, тяжка, особливо тяжка, винятково тяжка, мізерна (статті 2.5.2–2.5.8.). Прописано алгоритм встановлення ступеня тяжкості вчиненого злочину (стаття 2.5.12.), але зі змісту частини сьомої статті 2.5.9. «Ступені тяжкості злочину» випливає, що цей алгоритм застосовується під час кримінально-правової кваліфікації. А який алгоритм має використовувати законодавець при вирішенні питання віднесення певних діянь до кримінально протиправних?

З аналізу тексту проєкту випливає, що наведений підхід не забезпечує чіткості та визначеності формулювань. Наприклад, видом істотної шкоди є «створення реальної небезпеки спричинення значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди, якщо така небезпека передбачена статтею Особливої частини цього Кодексу як ознака складу відповідного злочину» (стаття 2.5.3.). Видом значної шкоди є «школа безпеці від публічних закликів до спричинення тяжкої чи особливо тяжкої шкоди або від виправдовування її спричинення» (стаття 2.5.4.). Тяжка та особливо тяжка школа розмежовуються таким чином, що першою є «довгострокова або масштабна школа довіллю чи загроза спричинення довгострокової та масштабної шкоди довіллю», а другою – «школа довіллю у виді довгострокової та масштабної шкоди» (статті 2.5.5. та 2.5.6.).

Хіба «створення реальної небезпеки спричинення шкоди», «довгострокова» або «масштабна» школа – це не оціночні поняття? Якій саме безпеці завдають шкоди публічні заклики до спричинення шкоди? А якщо публічно закликати до боротьби з корупцією, це завдаватиме шкоди безпеці корупціонерів?

Слова на кшталт «інша школа, якщо вона не визначена у цьому Кодексі як тяжка, особливо тяжка чи винятково тяжка школа» також не додають визначеності положенням про визначення тяжкості кримінального правопорушення і можуть служити підґрунтям для зловживань при визначенні шкоди.

Як уже неодноразово зазначалося вище, концепція шкоди, введена в проєкт нового КК України на заміну концепції суспільної небезпечності діяння з метою запобігання таким негативним факторам у механізмі кримінально-правового регулювання як відсутність чітких формалізованих критеріїв розмежування кримінальних правопорушень та інших правопорушень, диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Чи здатна вирішити поставлене завдання концепція шкоди?

Вище ми цитували працю В. С. Жеребкіна щодо логічного аналізу понять права, де він вказував, що не лише зміст поняття «суспільна небезпечність» виражений оціночними поняттями, а й такі терміни як «школа», «збиток» тощо також є невизначеними. Жодне з них не має фіксованого основного змісту. Він зазначав, що «питання про те, шкідливе діяння чи нешкідливе, завдає воно збитків чи ні вирішується не на основі певних встановлених ознак понять «школа», «збиток», а за участі правосвідомості, що з огляду на конкретну історичну необхідність визначає, чи є діяння шкідливим. Визнаючи ті чи інші діяння елементами множини «суспільно небезпечні діяння», законодавець на жодне чітке чи точно визначене поняття не спирається. Для законодавця не існує чітко окреслених ознак суспільної небезпеки. Для нього «суспільна небезпека» – це вихідне, невизначене поняття. А це означає, що «суспільна небезпечність діяння» є таким поняттям, що не має попередньо встановлених ознак, за наявності чи відсутності яких можна було б зробити висновок про наявність чи відсутність у окремому діянні суспільної небезпеки»⁴⁷.

Наведене цілком справедливе і для поняття «школа». З цього випливає, що концепція шкоди як критерію розмежування кримінальних правопорушень та інших правопорушень, диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності, також є юридичною фікцією, для якої не можливо застосувати критерії визначеності, чіткості, однозначності тощо. Також

⁴⁷ Жеребкин В. Е. Логический анализ понятий права. Киев, 1976. С. 43–44.

навіть чи можна вести мову про таку її властивість як доказуваність, зокрема у випадках, коли йдеться не про матеріальну, моральну шкоду чи шкоду здоров'ю. Усі інші види шкоди повинні обґрунтовуватись.

Як диференціювати шкоду всередині однієї групи? Наприклад, шкода фінансам, спричинена підробленням грошей та поводженням із підробленими грошима; шкода безпеці від діяльності організованих злочинних груп. Невже однакова шкода завдається малочисельною організованою злочинною групою (5–7 осіб) і транснаціональною злочинною групою? Особою, яка підробляє гроші для власного збагачення і підробкою грошей для впливу на фінансовий стан держави?

У цікавий спосіб реалізується положення про мізерну шкоду. Мізерною є шкода, яка хоча формально і передбачена цим Кодексом, але є настільки малою, що застосування будь-яких кримінально-правових засобів за її спричинення є непропорційним (стаття 2.5.8.). Відповідно до частини четвертої статті 2.5.1. протиправне діяння, яке спричинило мізерну шкоду, не є кримінальним правопорушенням.

При цьому, згідно з частиною третьою статті 3.1.3. проєкту до фізичної особи, яка вчинила протиправне діяння, що не є кримінальним правопорушенням, можуть бути застосовані: 1) засоби безпеки; 2) реституція чи компенсація; 3) конфіскація майна чи вилучення речі, що відповідно до положень статті 3.1.2. є видами кримінально-правових засобів.

Так за спричинення мізерної шкоди застосування кримінально-правових засобів є пропорційним чи ні? І що тоді відповідно до положень проєкту є підставою кримінальної відповідальності?

Таким чином, для визначення шкоди застосовується два критерії: по перше, критерій «вартості» шкоди, завданої потерпілому, по друге, за родовою ознакою суспільних відносин. Це добре видно з редакції статті 2.5.3. «Суттєва шкода». Проте, де чіткі формалізовані критерії? Чому шкода національній безпеці України прирівнюється до шкоди сексуальній свободі чи сексуальній

недоторканості людини, пов'язаній з сексуальним проникненням без добровільної згоди потерпілої людини, і визнається тяжкою, а не особливо тяжкою чи винятково тяжкою (стаття 2.5.5.)? Чому створення реальної небезпеки спричинення значної, тяжкої чи особливо тяжкої шкоди є менш тяжкою шкодою, ніж погроза спричиненням тяжкої чи особливо тяжкої шкоди (статті 2.5.3. та 2.5.4.)? Чим за таких умов концепція шкоди відрізняється від концепції суспільної небезпечності діяння? Чи досягає концепція шкоди цілей, яких не здатна досягти концепція суспільної небезпечності діяння при формуванні редакцій кримінального закону і чи зможе їх досягти при правозастосуванні?

Отже, як вбачається з положень проекту нового КК України контроль за кримінальною репресією покладається на державу. При цьому, відсутні будь-які орієнтири, як її використовувати та застосовувати. Водночас, ні вказівка на вичерпність переліку кримінальних правопорушень у кодексі, ні визначення тяжкості злочинів не здатні забезпечити розуміння у який спосіб повинна використовуватись кримінальна репресія у державі, яким чином відділити злочинне від незлочинного.

Висновки. Для вітчизняної правової науки ідеї, висвітлені Д. С. Азаровим, та запропоновані ним шляхи розв'язання проблем яскраві і нетривіальні. Проте саме такі ідеї потребують критичного осмислення і усесторонньої апробації. Наскільки такі висновки прийнятні для використання їх у законодавстві? Не все, що добре для розвитку науки, може бути запроваджене у практичну діяльність.

Статті 65–68 Конституції України містять основні конституційні обов'язки особи. Їх реалізація, контроль за їх виконанням не можуть забезпечуватись виключно нерепресивними засобами. Проте суть демократичної правової держави полягає в тому, щоб репресія була ненадмірною і контрольованою. І саме ці її якості повинні забезпечуватися не лише ззовні на основі політичної волі керівних сил такої держави, а передусім

шляхом побудови законодавчої системи стримування та контролю такої репресії. Лише система законодавчо закріплених механізмів контролю легітимності та стримування репресії здатне забезпечити стабільність державної кримінально-правової політики, спрямованої на підтримання демократичного правового режиму в суспільстві.

Список використаних джерел

1. Азаров Д. С. Деякі аспекти дефініції поняття «тяжкість вчиненого злочину». *Наука і правоохорона*. 2014. № 3. С. 190–195. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nip_2014_3_28 (дата звернення: 30.10.2024).
2. Азаров Д. С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Т. 3. С. 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (дата звернення: 30.10.2024).
3. Азаров Д. С. Суспільна небезпека злочину та аналогія кримінального закону (ретроспективний погляд у XIX–XX століття). *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2015. Т. 168. С. 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34 (дата звернення: 30.10.2024).
4. Данильян О. Г. Тоталітарна правосвідомість і правова культура та їх характерні ознаки. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2007. Випуск 14. С. 27–35. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2893/1/Daniljan_27.pdf (дата звернення: 30.10.2024).
5. Жеребкін В. Е. Логический анализ понятий права. Киев, 1976.
6. Жеребкін В. Е. Логическая структура состава преступления (текст лекции). Харьков, 1974.
7. Концепція реформування кримінального законодавства України. *Проект*. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/08/25/povnyj-tekst-kontseptsiyi-reformuvannya-kk-ukrayiny.pdf> (дата звернення: 30.10.2024).
8. Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України. Київ, 2010.
9. Кримінальне право України: загальна частина: підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, та ін. Харків: Право, 2003.
10. Пащенко О. О. Можливість боротьби з суспільно-небезпечним діянням як обставина соціальної обумовленості кримінально-правової норми. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2 (5). С. 52–70.
11. Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму (1929–1941). Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. С. 32–33.

12. Проект нового Кримінального кодексу України: передумови розробки, концептуальні засади, основні положення: монографія. Київ: Компанія ВАІТЕ. 494 с.

13. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. 1845. URL: http://history.org.ua/LiberUA/UINakUgIspr_1845/UINakUgIspr_1845.pdf (дата звернення: 30.10.2024).

14. Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики: монографія. Івано-Франківськ: Супрун В. П. 2021. 389 с.

15. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Київ: Атіка, 2004.

16. Харченко В. Б. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією: заборонено чи все ж таки допустиме? URL: <https://dspace.univd.edu.ua/items/45f8437b-cf1e-43d7-9e6e-b7b881cac2f4> (дата звернення: 30.10.2024).

REFERENCES

1. Azarov, D.S. (2014). Deiaki aspekty definitsii poniattia «tiazhnist vchynenoho zlochyну» [Some aspects of the definition of the concept “severity of the committed crime”]. *Nauka i pravookhorona*, 3, 190–195. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nip_2014_3_28 (accessed: 30.10.2024). [in Ukrainian].

2. Azarov, D.S. (2019). Rozuminnia suspilnoi nebezpeky zlochyну (za rezultatamy sotsiolohichnoho eksperymentu) [Understanding the social danger of a crime (based on the results of a sociological experiment)]. *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky*, 3, 3–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2019_3_3 (accessed: 30.10.2024) [in Ukrainian].

3. Azarov, D.S. (2015). Suspilna nebezpeka zlochyну ta analohiia kryminalnoho zakonu (retrospektyvnyi pohliad u XIX–XX stolittia) [Social danger of a crime and analogy of criminal law (a retrospective view of the 19th–20th centuries)]. *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky*, 168, 139–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_34 (accessed: 30.10.2024) [in Ukrainian].

4. Danylian, O.H. (2007). Totalitarna pravosvidomist i pravova kultura ta yikh kharakterni oznaky [Totalitarian legal consciousness and legal culture and their characteristic features]. *Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia*, 14, 27–35. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2893/1/Daniljan_27.pdf (accessed: 30.10.2024) [in Ukrainian].

5. Zhrebkin, V.E. (1976). Logicheskii analiz poniatii prava [Logical analysis of legal concepts]. Kyiv [in Russian].

6. Zhrebkin, V.E. (1974). Logicheskaia struktura sostava prestupleniia (tekst lektsii) [Logical structure of the elements of a crime (lecture text)]. Kharkiv. [in Russian].

7. Kontsepsiia reformuvannia kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy.

Proekt [Concept of reforming the criminal legislation of Ukraine. Draft]. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/08/25/povnyj-tekst-kontseptsii-reformuvannya-kk-ukrayiny.pdf> (accessed: 30.10.2024). [in Ukrainian].

8. Kryvochenko, L.M. (2010). *Klasyfikatsiia zlochyniv za stupenem tiazhkosti u Kryminalnomu kodeksi Ukrainy* [Classification of crimes by severity in the Criminal Code of Ukraine]. Kyiv. [in Ukrainian].

9. Bazhanov, M.I., Baulin, Yu.V., Borysov, V.I. et al. (2003). *Kryminalne pravo Ukrainy: zahalna chastyna* [Criminal law of Ukraine: General part]. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

10. Pashchenko, O.O. (2015). *Mozhlyvist borotby z suspilno-nebezpechnym diianniam yak obstavyna sotsialnoi obumovlenosti kryminalno-pravovoi normy* [Possibility of combating socially dangerous conduct as a circumstance of social conditionality of a criminal law norm]. *Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy*, 2(5), 52–70 [in Ukrainian].

11. *Pravova ideolohiia i pravo Ukrainy na etapi stanovlennia totalitarnoho rezhymu (1929–1941)* [Legal ideology and law of Ukraine at the stage of formation of the totalitarian regime (1929–1941)]. (2001). Kyiv: Institute of State and Law named after V. M. Koretskyi, NAS of Ukraine, 32–33 [in Ukrainian].

12. *Proiekt novoho Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: peredumovy rozrobky, kontseptualni zasady, osnovni polozhennia* [Draft of the new Criminal Code of Ukraine: prerequisites for development, conceptual foundations, main provisions]. (n.d.). Kyiv: Kompaniia VAITE [in Ukrainian].

13. *Ulozhenie o nakazaniiah ugolovnykh i ispravitelnykh* [Code of criminal and correctional punishments]. (1845). URL: http://history.org.ua/LiberUA/UINakUgIspr_1845/UINakUgIspr_1845.pdf (accessed: 30.10.2024). [in Russian].

14. Fris, P.L. (2021). *Ideolohiia kryminalno-pravovoi polityky* [Ideology of criminal law policy]. Ivano-Frankivsk: Suprun V. P. [in Ukrainian].

15. Fris, P.L. (2004). *Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna* [Criminal law of Ukraine. General part]. Kyiv: Atika [in Ukrainian].

16. Kharchenko, V.B. *Zastosuvannia zakonu pro kryminalnu vidpovidalnist za analohiieiu: zaboroneno chy vse zh taky dopustyme?* [Application of criminal liability law by analogy: prohibited or still permissible?]. URL: <https://dspace.univd.edu.ua/items/45f8437b-cf1e-43d7-9e6e-b7b881cac2f4> (accessed: 30.10.2024) [in Ukrainian].

Tepliuk M. O., Tubelets O. S. Rejection of the concept of public danger of an act and its impact on the mechanism of criminal law regulation

The article examines the role and position of the concept of public danger of an act in shaping and implementing legislation concerning criminal liability. Authors analyze academic sources that argue for rejection of this concept in current

law – in order to provide a comprehensive review and a critical evaluation of the arguments, present in its favor.

The article explores, where legislators should seek landmark points for distinguishing between different types of liability, identifies the subjects to whom specific provisions of the Criminal Code of Ukraine are addressed, and analyzes the functional aspect of the material and formal definitions of a criminally punishable act. It also considers how the presence or absence of these definitions influences both drafting of legislation on criminal liability – and its practical application.

Furthermore, the article addresses conceptual issues related to the connection between the legal definition of a criminally unlawful act and objectives of criminal legislation, as well as related to issues concerning the control of criminal repression through criminal-law mechanisms – specifically, the mechanisms, which ensure the substantive and procedural legitimacy of legal provisions of the law.

The authors argue that such features of criminal unlawfulness as unlawfulness and public danger should be perceived as mechanisms that ensure (or contribute to ensuring) the substantive legitimacy of the law, and therefore must be considered together. The study also examines relationship between the material and formal definitions of criminal unlawfulness and the application of criminal law by analogy, as well as the relationship between the concepts of the «application of criminal liability legislation by analogy» and «qualification error». One of the grounded positions is that public danger of an act is not subject to proof in a criminal proceeding.

In addition, the article analyzes key provisions of the draft of Criminal Code of Ukraine, developed by the working group on criminal law reform issues, comparing objectives set in the Concept with their implementation in the draft text, and making prognosis on the development of law enforcement practice based on this draft.

Key words: *Criminal Code of Ukraine; criminal liability; public danger of an act; criteria for criminalization of actions; mechanisms of criminal repression control; predictability of criminal repression; analogy of law; qualification error; draft of Criminal Code of Ukraine.*