

Азаров Д. С.

РОЗУМІННЯ СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕКИ ЗЛОЧИНУ (за результатами соціологічного експерименту)

У статті подано результати експерименту, проведеного у вересні – грудні 2018 р., у якому взяли участь близько 200 правників різних категорій. Основний зміст експерименту зводився до такого: проведення першого анонімного опитування учасників у реальному часі, завдяки якому було з'ясовано загальні уявлення правників про сутність та функціональність категорії «суспільна небезпека злочину»; подання концентрованої інформації про проблеми практичного застосування цієї категорії та наслідки, до яких призводить її використання; повторне опитування та оцінка динаміки зміни ставлення аудиторії до поняття «суспільна небезпека». Результати засвідчили, що в процесі експерименту більшість учасників різко змінила свої погляди і визнала, що ознака суспільної небезпеки не може ефективно використовуватись як інструмент диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності, ця ознака не дозволяє чітко розмежувати різні види правопорушень – злочини та адміністративні делікти, не існує тесту (алгоритму), що дозволяє однозначно встановити характер і ступінь суспільної небезпеки певного діяння.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, злочин, суспільна небезпека, кримінальна відповідальність.

Що таке суспільна небезпека злочину і чи є усталене розуміння цього поняття? Доволі поширеною є така думка: «Незважаючи на деякі відмінності у підходах, по суті, всі автори однак стайні у розумінні суспільної небезпечності як ознаки злочину» [1, с. 105]. Справді, аналіз українських підручників з кримінального права засвідчує, що панівною є позиція, відповідно до якої суспільна небезпека злочину – це матеріальна ознака, що характеризує здатність злочину заподіювати шкоду (істотну шкоду) об'єкту кримінально-правової охорони або створювати реальну загрозу заподіяння такої шкоди [2, с. 73; 3, с. 108; 4, с. 942; 5, с. 50–51; 6, с. 40; 7, с. 76; 8, с. 91; 9, с. 46; 10, с. 60].

Лише в одному з підручників, на які я посилаюсь вище, стисло висловлено сумніви в доцільності використання поняття суспільної небезпеки в законодавстві та зроблено застереження щодо можливої відмови від використання категорії «суспільна небезпека» і заміни її іншою, яка не має ідеологічного забарвлення [8, с. 92].

Я не дарма посилаюсь саме на навчальну, а не доктринальну літературу. Адже панівними, на мою думку, слід визнати, насамперед, ті положення, які містяться в підручниках, – звідти вони проникають та закріплюються у свідомості майже всіх юристів, які в професійній діяльності зазвичай не послуговуються суто науковими джерелами.

Наведений аналіз з першого погляду свідчить про наявність єдиного, усталеного розуміння поняття суспільної небезпеки. Саме такого висновку дійшла М. Р. Рудковська, яка вважає, що серед науковців є консенсус щодо таких питань: «Суспільна небезпека є однією з ознак поняття злочину; полягає у заподіянні злочином істотної шкоди об'єктам, які охороняються кримінальним законом, або у створенні реальної можливості (загрози) заподіяння такої шкоди; є підставою для відмежування злочинів від інших правопорушень та від малозначних діянь; є однією з підстав для криміналізації та декриміналізації діянь; становить основу класифікації злочинів за ступенем тяжкості, який під час кваліфікації діяння є показником типового ступеня суспільної небезпеки злочинів, а під час індивідуалізації кримінальної відповідальності – показником індивідуального ступеня суспільної небезпеки конкретного злочину; має важливе значення при вирішенні питання про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки та про звільнення від покарання» [11, с. 43]. Водночас М. Р. Рудковська зазначає, що в літературі не висвітлено чи описано поверхово такі засадничі характеристики суспільної небезпеки, як її ознаки, критерії наявності, структура тощо [11, с. 44].

Глибше ознайомлення з вітчизняними навчальними та науковими працями дозволяє дійти

висновку, що єдність є лише щодо визначення поняття суспільної безпеки. Водночас зміст цього поняття, окремі ознаки, що ним охоплюються, автори розкривають дуже по-різному, трапляються кардинально відмінні підходи до низки засадничих положень щодо суспільної безпеки. Якщо у визначення поняття суспільної безпеки, що виглядає в усіх підручниках майже однаково, часто вкладають різний зміст, а правники не можуть дійти згоди щодо фундаментальних характеристик відповідної властивості злочину, то констатувати єдність у розумінні цієї властивості не можна.

Наведене дає підстави для висунення **наукової гіпотези**, основний зміст якої зводиться до такого:

1. Усталені уявлення правників про суспільну безпеку злочину ґрунтуються на традиційних, значною мірою радянських, підходах до цієї категорії, що переважно подаються в навчальній літературі.

2. Усталені підходи, які висвітлюються в навчальній літературі та формують доволі поверхове, значною мірою ідеалістичне, уявлення про суспільну безпеку злочину, часто виявляються непридатними для використання на практиці, проте ознайомлення з практикою застосування категорії «суспільна безпека» здатне істотно похитнути впевненість у правильності зазначених підходів.

Для перевірки наведеної наукової гіпотези я провів **соціологічний експеримент** у межах публічних лекцій, присвячених категоріям «суспільна безпека» і «тяжкість» злочину, що відбулись у вересні – грудні 2018 р. у Львівському національному університеті імені Івана Франка (далі – ЛНУ), Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого (далі – НЮУ), Академії прокуратури України (далі – АПУ), під час методологічного семінару для працівників парламентських комітетів, Головного юридичного управління та Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України (далі – семінар ВР), а також у межах Осінньої школи з кримінального права для викладачів «Права людини і кримінальне право», організованих Координатором проектів ОБСЄ в Україні (далі – школа КП)*.

* Ідея цього експерименту народилася після прочитання в Українському католицькому університеті публічної лекції на тему «Суспільна безпека злочину: SWOT аналіз», яка відбулась 4 травня 2018 р. На жаль, під час цієї лекції я не проводив соціологічного опитування аудиторії, тому зворотний зв'язок від присутніх неможливо додати до аналізу, результати якого викладено в цій статті.

Принагідно ще раз висловлюю вдячність за можливість прочитати лекції в стінах навчальних закладів та на заходах, організованих Координатором проектів ОБСЄ в Україні. Особливу подяку адресую тим, хто безпосередньо долучався до організації лекцій, зокрема С. В. Хилюк, О. К. Маріну, Ю. А. Пономаренку, І. Б. Іванків, З. А. Загинею, В. О. Гацелюку.

Під час лекцій двічі (до і після лекції) опитувались студенти і викладачі юридичних факультетів та вищих закладів освіти, працівники місцевих прокуратур та парламентські працівники. Опитування проводилося в режимі реального часу з використанням сервісу Mentimeter (www.mentimeter.com)**, загалом у ньому взяли участь близько 200 осіб.

Мета експерименту:

1. З'ясувати, якими є уявлення правників про сутність та функціональність категорії «суспільна безпека злочину», і перевірити, чи відповідають ці уявлення традиційним постулатам, що містяться в підручниках.

2. Визначити, на чому зазначені загальні уявлення зазвичай ґрунтуються (на традиційних постулатах, викладених у підручниках, чи на знаннях про походження цієї категорії та про практику її використання).

3. Спільно з аудиторією в інтерактивному режимі з'ясувати, чи повною мірою зазначені уявлення відповідають реаліям застосування кримінального закону.

4. Встановити, чи зміниться (і якщо зміниться, то якою мірою) ставлення аудиторії до категорії «суспільна безпека злочину» після ознайомлення з історією появи цієї категорії у вітчизняному законодавстві та сучасною практикою її використання.

5. Апробувати авторські доводи та висновки про походження категорії «суспільна безпека», а також результати аналізу її використання у правозастосуванні.

Етапи проведення експерименту:

1. Первісне опитування аудиторії в режимі реального часу: було запропоновано виказати своє ставлення до чотирьох тверджень, які стосуються змісту поняття «суспільна безпека злочину» і його функціональності, та ознайомлення присутніх з результатами опитування.

2. Визначення аудиторією в інтерактивному режимі переваг і недоліків поняття «суспільна безпека злочину» в законодавстві і правозастосуванні (всі присутні на лекції могли називати

Щиро дякую всім, хто прийшов на лекції та взяв участь в опитуванні.

** Сервіс Mentimeter – це онлайн-сервіс, що дозволяє проводити опитування присутніх в аудиторії в режимі реального часу. Кожен присутній анонімно дає відповіді на запитання за допомогою власного мобільного пристрою (ноутбука, планшета, смартфона тощо), під'єднаного до Інтернету. Результати негайно обробляються та демонструються аудиторії на екрані. Аудиторія може спостерігати за динамікою надання відповідей. Випробувати роботу сервісу можливо за цим посиланням: <https://www.mentimeter.com/how-to>.

переваги та недоліки; вони стисло фіксувались на дошці).

3. Ознайомлення аудиторії з сучасною практикою використання категорії «суспільна небезпека злочину» (на реальних прикладах) та авторськими висновками щодо походження цієї категорії.

4. Повторне опитування (було запропоновано висловити своє ставлення до тих самих тверджень, що і на початку).

5. Оцінка динаміки змін у ставленні аудиторії до поняття «суспільна небезпека злочину».

Висновки.

Етап 1. Первісне опитування

На початку кожної лекції присутнім було запропоновано висловити своє ставлення (повністю погоджуюсь / переважно погоджуюсь / переважно не погоджуюсь / повністю не погоджуюсь) до чотирьох тверджень, які стосуються сутності та функціональності поняття «суспільна небезпека злочину». Твердження наводились послідовно від 1 до 4.

Твердження 1: ознака суспільної небезпеки має використовуватись у законодавчому визначенні поняття «злочин». З цим твердженням загалом погодились (повністю або переважно) від 76 % (школа КП) до 100 % (тренінг ВР) респондентів. В «університетських» аудиторіях згодних було від 92 % до 98 %. Середній показник становить 94 %.

Твердження 2: ознака суспільної небезпеки ефективно використовується як інструмент диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності. Частка загалом згодних коливається від 71 % (школа КП) до 92 % (НЮУ). Середній показник становить 82 %.

Твердження 3: ознака суспільної небезпеки дає змогу чітко розмежувати різні види правопорушень – злочини та адміністративні делікти. Таку думку загалом поділяють від 67 % (школа КП) до 91 % (семінар ВР) опитаних. Середній показник становить 81 %.

Твердження 4: є чіткий тест (алгоритм), що дозволяє однозначно встановити характер і ступінь суспільної небезпеки певного діяння. З огляду на результати опитування за попередніми твердженнями ставлення аудиторії до цієї тези було дещо несподіваним. Загалом з нею погодились лише 23 % від усіх опитаних. Їх найбільша частка серед учасників школи кримінального права – 39 %. В АП згодних 28 %, у ВР – 27 %, університети дали 14 % (НЮУ) та 12 % (ЛНУ).

Результати первісного опитування (середні показники) подано у вигляді діаграм (рис. 1–4). Вони дають підстави для кількох важливих узагальнень та висновків:

1. Переважна більшість респондентів дотримується традиційних поглядів на суспільну небезпеку злочину, що викладаються в підручниках і які в загальному вигляді відображено у твердженнях 1–3.

2. Найбільший сумнів у правильності тверджень 1–3 продемонструвала найбільш теоретично підготовлена аудиторія – викладачі, які брали участь у школі кримінального права. Із них загалом не погоджуються з твердженням 1 24 %, з твердженням 2 – 29 %, з твердженням 3 – 33 % опитаних.

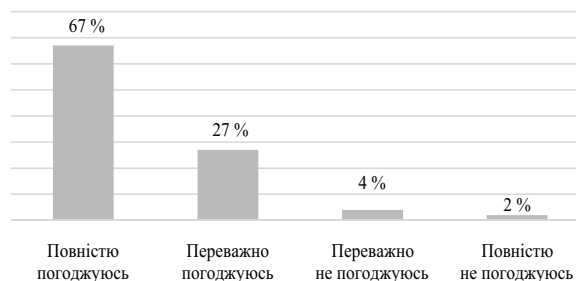


Рис. 1. Результати первісного опитування щодо твердження 1

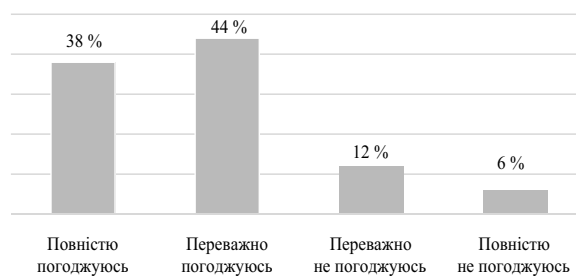


Рис. 2. Результати первісного опитування щодо твердження 2

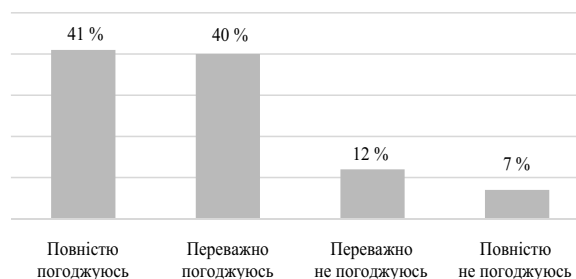


Рис. 3. Результати первісного опитування щодо твердження 3

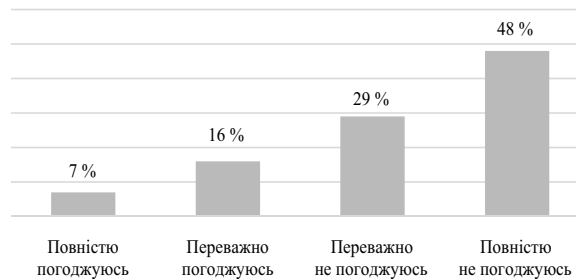


Рис. 4. Результати первісного опитування щодо твердження 4

3. Якщо аудиторія майже одностайно погоджується (чи переважно погоджується) з тим, що ознака суспільної небезпеки має використовуватись у законодавчому визначенні поняття «злочин» (твердження 1), то під час висловлення ставлення до наступних тверджень упевненість значною мірою зменшується. Вочевидь, даються взнаки істотні труднощі, з якими стикаються правники, коли намагаються адекватно диференціювати чи індивідуалізувати кримінальну відповідальність з урахуванням суспільної небезпеки злочину, а особливо у разі розмежування злочинів і адміністративних правопорушень.

4. Показовими є результати опитування щодо твердження 4. Із ним не погодились 77 % присутніх, причому більшість із них (48 %) не погодилась повністю: більшість опитаних визнала, що немає якогось алгоритму, який дає змогу чітко встановлювати ступінь та характер суспільної небезпеки злочину. Отже, правники здебільшого вважають, що забезпечити однамнітне, прогнозоване та аргументоване визначення міри суспільної небезпеки діяння неможливо. За великим рахунком це означає, що *юристи не можуть провести чітку межу між злочинними та незлочинними діяннями, а також належним чином диференціювати та індивідуалізувати кримінальну відповідальність з урахуванням ступеня тяжкості злочину.*

Найбільша частка згодних з твердженням 4 є серед викладачів – учасників школи кримінального права (39 %). Примітно, що всі вони обрали відповідь «переважно погоджуюсь», а не «повністю погоджуюсь», тобто в них був певний сумнів у своїй позиції. Думаю, що така кількість згодних обумовлена високим рівнем теоретичної обізнаності викладачів порівняно з іншими категоріями опитаних. З цього напрошується умовивід: лише особа з доволі глибокими доктринальними знаннями, які не є типовими для пересічного юриста, може відчувати якусь упевненість, визначаючи міру суспільної небезпеки певного діяння. Забігаючи наперед, зазначу, що опитування після лекції показало кардинально інше ставлення викладачів до твердження 4, але про це трохи згодом.

5. Впадає в очі різкий дисонанс між ставленням до тверджень 1–3 і до твердження 4: від 81–94 % згодних з першими твердженнями до 24 % згодних з останнім. Виникає запитання: як аудиторія могла погоджуватися з твердженнями 1–3 (тобто вважати, що суспільну небезпеку слід закріпити в законі як ознаку злочину, що вона є ефективним інструментом диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності

і дозволяє чітко розмежовувати злочини та адміністративні делікти) і водночас не погоджуватися з твердженням 4 (тобто не визнавати наявності чіткого алгоритму визначення міри суспільної небезпеки)? Незгода з останнім твердженням мала б «автоматично» спричинити заперечення перших. Адже визнання неможливості чітко визначити міру суспільної небезпеки означає, що суспільну небезпеку не можна використовувати як інструмент відмежування злочинних діянь від незлочинних (зокрема малозначних) та визначення міри кримінальної відповідальності.

На мою думку, виявлений контраст (очевидна суперечність) між ставленням аудиторії до тверджень 1–3 і твердження 4 значною мірою підтверджує сформульовану вище наукову гіпотезу. Перші три твердження повністю відповідають усталеній позиції, яка подається в підручниках. Причому ця позиція висвітлюється практично безальтернативно і доволі категорично: підручники не спонукають читача критично підходити до аналізованого питання, натомість активно переконують у безсумнівній правильності підходів, що в загальних рисах відбиваються у твердженнях 1–3. Водночас підручники не пропонують механізму чи алгоритму визначення міри суспільної небезпеки, обмежуючись переважно загальними фразами про певні ознаки складу злочину, що якоюсь невизначеною мірою впливають на характер і ступінь суспільної небезпеки. У навчальній літературі зазвичай не відображається надзвичайна гострота дискусій навколо поняття «суспільна небезпека злочину» та проблем її практичного застосування. Якби цим проблемам приділялась належна увага, упевненість респондентів у правильності перших трьох тверджень, імовірно, була б значно меншою.

Після ознайомлення аудиторії з результатом первісного опитування присутнім було запропоновано висловити власне пояснення виявленої відмінності у ставленні до перших трьох тверджень і до останнього твердження. Однак якогось раціонального пояснення озвучено не було; здавалось, що для присутніх результати опитування стали несподіваними.

Етап 2. Визначення переваг і недоліків поняття «суспільна небезпека»

На цьому етапі було застосовано нетиповий для права метод, який часто використовується в стратегічному плануванні, – SWOT-аналіз. Це творчий аналітичний метод визначення сильних сторін (Strengths), слабких сторін (Weaknesses), можливостей (Opportunities) та загроз (Threats), що окреслює послідовність кроків для

вироблення стратегії. Він є одним із найдієвіших інструментів, який дає можливість самовдосконалюватись [12, с. 276, 279]. У нашому випадку цей метод може використовуватись для подальшого удосконалення чинного кримінального законодавства. Якщо в результаті проведеного аналізу слабкі сторони переважатимуть, а загрози не можна буде мінімізувати, це означатиме, що використання поняття «суспільна безпека злочину» в теорії, чинному законодавстві та практиці його застосування потребує суттєвого переосмислення.

Присутні на лекціях в інтерактивному режимі назвали, що є перевагами (можливостями) і недоліками (загрозами) категорії «суспільна безпека». Кожне їхнє міркування фіксувалось на дошці.

Аудиторія доволі активно взяла участь у визначенні переваг, серед яких найчастіше згадували такі: категорія «суспільна безпека» враховується в процесі законотворення, вона запобігає законодавчому свавіллю; слугує диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності; забезпечує судову дискрецію; дозволяє відмежувати злочини від інших правопорушень; відбиває соціальну сутність злочину. Недоліки називали значно рідше, згадували, зокрема, брак чітких критеріїв визначення ступеня та характеру суспільної безпеки, можливий ґрунт для корупції та судового свавілля.

Етап 3. Сучасна практика використання категорії «суспільна безпека злочину» та історія її появи в кримінальному законодавстві

На цій стадії соціологічного експерименту присутніх було ознайомлено з сучасними реаліями практики нормотворення та правозастосування (на прикладах) і авторськими висновками про походження аналізованої категорії, а також було запропоновано, аби присутні спробували самостійно оцінити суспільну безпеку окремих злочинів. Інформація подавалась змістовними блоками, що відповідають визначеним аудиторією основним перевагам (можливостям) категорії «суспільна безпека злочину».

Блок 3.1. Визначення характеру і ступеня суспільної безпеки злочину

Найпоширенішою видається позиція, відповідно до якої суспільна безпека злочину встановлюється з огляду на два показники – її характер і ступінь. Характер суспільної безпеки – це якісний показник безпеки злочинів певного виду, а ступінь – це кількісний показник суспільної безпеки посягання, що належить до цього виду злочинів. У підручниках подібна теза зазвичай супроводжується переліком ознак складу

злочину, що обумовлюють характер і ступінь суспільної безпеки певного посягання. З огляду на наведене умисне вбивство за характером суспільної безпеки завжди є значно небезпечнішим за крадіжку, що обумовлюється особливою цінністю об'єкта посягання та характером злочинних наслідків. Водночас різні злочини одного виду за ступенем суспільної безпеки можуть істотно відрізнитись: крадіжка в особливо великих розмірах є набагато небезпечнішою, ніж проста крадіжка (див. рис. 5).

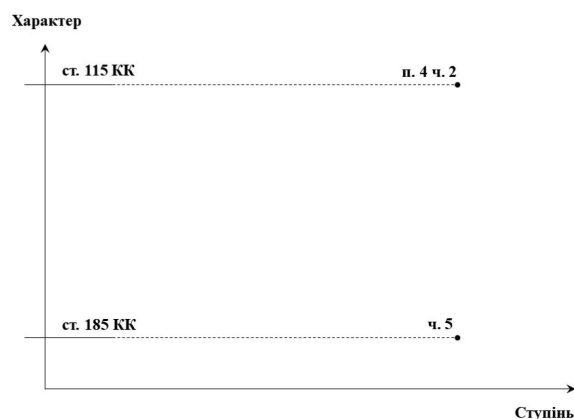


Рис. 5. Характер і ступінь суспільної безпеки злочину

У такому доволі тривіальному випадку визначити характер і ступінь суспільної безпеки злочину ніби нескладно. Утім, труднощів немає лише тоді, коли (1) злочини аналізуються в порівнянні, (2) показники суспільної безпеки злочинів, що оцінюються, є кардинально різними, (3) ознаки складів цих злочинів добре відомі, встановлення їхнього змісту зазвичай не становить труднощів. В інших випадках юристам може бути доволі складно обґрунтовано оцінити міру суспільної безпеки певного посягання, що підтверджується інтерактивною вправою, проведеною під час лекцій. Присутнім було запропоновано розмістити на осі координат (рис. 5) ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) – злочин, передбачений ч. 1 ст. 212 Кримінального кодексу України (далі – КК). Пропоную читачам, так само як і присутнім на лекції, не заглядаючи в КК, визначити, де слід розмістити відповідну позначку. Аудиторія поділилась на три різні групи: одна група вважала, що позначку слід поставити на рівні ст. 185 КК, друга – вище ст. 185 КК, третя – нижче цієї статті. Представники кожної з груп наводили певні аргументи на користь своєї позиції, але жоден не зміг пояснити законодавчу позицію з цього питання. Справді, важко раціонально пояснити, чому крадіжка державного чи комунального майна на суму, яка у 600 і більше разів перевищує неоподатковуваний

мінімум доходів громадян (далі – нмдг), карається позбавленням волі на строк від 7 до 12 років з конфіскацією майна, а ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) на таку суму взагалі не є злочином. Чому крадіжка більше ніж 0,2 нмдг (192,1 грн) карається значно суворіше, ніж ухилення від сплати податків на суму, що може сягати майже 3 млн грн?

Якщо під час цієї вправи присутні на лекції ще могли формулювати якісь пропозиції щодо визначення рівня суспільної небезпеки злочину, то далі їм це практично не вдалось. Було запропоновано розмістити на осі координат три злочини: наруга над державними символами (ст. 338 КК), самоправство (ст. 356 КК) та підроблення документів (ст. 358 КК). У попередньому випадку, оцінюючи злочин, передбачений ст. 212 КК, аудиторія «прив'язувалась» до крадіжки, уявлення про небезпеку якої до певної міри є усталеним. Тепер такої прив'язки не було. Відчувалось, що особливі труднощі становить оцінка злочинів з формальним складом (ст. 338 і 358 КК). Додавало також складнощів і те, що всі зазначені статті розміщено в одному розділі Особливої частини КК, що за класичним підходом вказує на однакову чи споріднену соціальну спрямованість посягань, тобто тут не було двох різних об'єктів, цінність яких з погляду суспільства є дуже різною (наприклад, життя людини і власність). Присутні також не змогли пояснити рішення законодавця, згідно з яким найтяжчим злочином серед наведених є наруга над державними символами (максимальне покарання у виді позбавлення волі на строк до 3 років), а найменш тяжким визнано самоправство – злочин з матеріальним складом, який має місце за умови спричинення значної шкоди (максимальне покарання у виді арешту на строк до 3 місяців).

Наведене свідчить про те, що теоретичні знання, якими володіє пересічний правник, не дозволяють належним чином оцінювати міру суспільної небезпеки окремих злочинів. Це повною мірою проявляється в законодавчих підходах до такої оцінки, логіку яких далеко не завжди можна пояснити, про що йтиметься в наступному блоці.

Блок 3.2. Про законодавче врахування характеру і ступеня суспільної небезпеки злочину

Законодавець зазвичай ігнорує кримінально-правову доктрину загалом та вчення про суспільну небезпеку злочину зокрема. На мою думку, не було б помилкою вважати це твердження загальновідомим фактом, який не потребує доведення (це щось на кшталт «Земля кругла», «вода мокра», «Дніпро впадає в Чорне море»). Утім, враховуючи дискусійний характер тематики, кілька доводів не завадять.

Ігнорування вчення про суспільну небезпеку злочинів з боку законодавця переважно проявляється в такому:

- у пояснювальних записках немає доводів на користь того, що певне діяння, яке пропонується криміналізувати (декриміналізувати), справді є (не є) суспільно небезпечним;

- парламентарі здебільшого не звертають уваги на висновки фахівців Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України (далі – ГНЕУ), якими супроводжується кожен законопроект;

- законодавчі рішення не ґрунтуються на якісних кримінологічних дослідженнях;

- диференціація кримінальної відповідальності здійснюється хаотично, чинні кримінально-правові санкції є асистемними.

Наприклад, Законом України від 3 липня 2018 р. № 2475-VIII було криміналізовано злісне ухилення особи від відбування адміністративного стягнення у виді суспільно корисних робіт (ст. 389² КК) [13]. У пояснювальній записці до цього проекту немає жодного слова про суспільну небезпеку зазначених діянь [14]. Натомість у висновку ГНЕУ прямо записано таке: «застосування кримінального покарання за ухилення від відбування адміністративного стягнення, на нашу думку, є явно надмірним (тим більш, що в проекті за відповідне діяння передбачається лише покарання у виді позбавлення волі). Діяння, яке пропонується криміналізувати у даному випадку, за своїм характером не може вважатись суспільно небезпечним, а отже не відповідає тим загальним ознакам злочину, які сформульовані у статті 11 КК» [15].

Ще один приклад. Проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» № 7279-д від 20 квітня 2018 р., прийнятим парламентом у цілому 22 листопада 2018 р. (на час написання цієї статті інформації про його підписання Президентом України оприлюднено не було), передбачено докорінну зміну системи диференціації кримінальної відповідальності. Проте в пояснювальній записці до цього проекту немає кримінально-правових аргументів на користь таких змін, зазначено лише про «необхідність законодавчого врегулювання застосування положень нового Кримінального процесуального кодексу України» в умовах «затягування розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, а також необґрунтованої тяганини при розслідуванні злочинів невеликої тяжкості» [16]. Численні зауваження ГНЕУ та його висновки про

необхідність повернення законопроекту суб'єкту права законодавчої ініціативи для концептуального доопрацювання парламентом законотворчі проігнорували [17]. В обох наведених випадках не доводиться говорити про проведення належних наукових досліджень, які би було покладено в основу законопроектів.

Чинні кримінально-правові санкції є розбалансованими, що, насамперед, проявляється у встановленні абсолютно різного покарання за посягання однакової (наближеної) небезпечності, різному впливі однакових кваліфікуючих ознак на зміну міри типового покарання, а також у великій кількості невинувато широких санкцій. Зазначене стосується не лише останніх новел, а й первісних положень КК. За приклад може слугувати крадіжка – злочин, який є «класичним» і добре вивченим. Медіана покарання у виді позбавлення волі на певний строк за просту крадіжку становить 2 роки. Аналогічний показник для крадіжки, поєднаної з проникненням у житло, – 4 роки 6 місяців. Тобто відповідна кваліфікуюча ознака збільшує медіану покарання у 2,25 рази. Водночас суспільну безпеку незаконного проникнення до житла як самостійного злочину законодавець оцінює вдвічі полегливіше: медіана передбаченого за нього покарання у виді обмеження волі становить 2 роки, що дорівнюють 1 року позбавлення волі при переведенні за правилами, встановленими у ст. 72 КК.

Наведене засвідчує, що в реальності вчення про суспільну безпеку злочину не слугує запобіжником від сумнівних законодавчих рішень, як стверджують окремі автори [18], його положення не враховується під час ухвалення рішень щодо криміналізації (декриміналізації) діянь, воно не забезпечує належної диференціації кримінальної відповідальності. Хтось може пояснити таку ситуацію тим, що автори законопроектів та народні обранці не мають належної фахової підготовки. З цим можна було б погодитись, якби доктрина запропонувала практикам чіткий тест, алгоритм оцінки суспільної безпеки злочину, однак такого тесту немає.

Блок 3.3. Про алгоритм (тест) оцінки суспільної безпеки злочину

Якщо узагальнення матеріалу, викладеного в навчальній літературі, створює ілюзію більшменш усталеного підходу до розуміння поняття суспільної безпеки, то аналіз наукової літератури дозволяє цю ілюзію повністю розвіяти. Зазначене доведено сучасними дослідженнями феномену суспільної безпеки злочину, зокрема працею М. Р. Рудковської, яку я згадував вище. Дискусійність аналізованої категорії можна

ілюструвати багатьма прикладами та посиланнями на наукові праці. Ось лише один із них.

Мало не єдине положення чинного КК, що дає уявлення про сутність суспільної безпеки, стосується малозначного діяння. Згідно з положенням ч. 2 ст. 11 КК, суспільна безпека відсутня тоді, коли діяння не завдало і не могло завдати істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Отже, за буквального підходу суспільна небезпечність діяння проявляється лише (!) у наслідках, яке воно спричинило або могло спричинити. Однак у більшості сучасних праць, навіть тих, що присвячені суспільно небезпечним наслідкам, стверджується, що суспільна безпека формується набагато більшою кількістю факторів, і не лише об'єктивних [19, с. 52–55]. Водночас у наукових дослідженнях не пояснюється, яким чином матеріальна ознака злочину, що має об'єктивний характер і проявляється у спричиненні істотної шкоди або в загрозі її спричинення (суспільна безпека в усіх джерелах наділяється такими характеристиками), проявляється у геть нематеріальних та не об'єктивних ознаках – суб'єктивних ознаках складу злочину. Ба більше, у значній кількості наукових джерел стверджується, що суспільну безпеку посягання слід встановлювати не лише з огляду на ознаки відповідного складу злочину, а й фактори, що перебувають поза межами такого складу. Іноді дослідники займають неоднозначну позицію, стверджуючи, що «суспільна небезпечність може визначатися також ознаками, що знаходяться за межами складу злочину», і водночас констатують, що «в кримінальному законі суспільна небезпечність визначається саме ознаками злочину, які входять в систему складу злочину» [20, с. 184].

Наведеного прикладу видається достатньо, аби повною мірою охарактеризувати ситуацію, в якій опиняється людина, якій належить визначити міру суспільної безпеки діяння в процесі його криміналізації (декриміналізації), кримінально-правової кваліфікації чи індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Доводиться констатувати, що немає тесту, який би дозволяв з достатнім ступенем чіткості встановлювати наявність (відсутність) суспільної безпеки, оскільки немає одностайної позиції правників, принаймні, щодо таких пунктів:

- обсяг поняття «суспільна безпека злочину» і підходи до її оцінки;
- поняття характеру суспільної безпеки та його співвідношення зі ступенем такої безпеки;
- фактори, які визначають характер суспільної безпеки та ступінь такої безпеки;

- включення до структури суспільної небезпеки злочину небезпеки злочинця;
- включення до структури суспільної небезпеки злочину факторів, які перебувають поза межами складу злочину;
- співвідношення поняття «суспільна небезпека» і «тяжкість» злочину.

Якщо наведені висновки є правильними, то чи є раціональним вимагати від осіб, які застосовують кримінально-правові норми, встановлювати міру суспільної небезпеки діяння? Чи спроможні зазначені особи адекватно оцінювати міру суспільної небезпеки? На який результат ми можемо розраховувати, коли висуваємо таку вимогу? Відповіді на ці запитання є в судовій практиці, яку розглянуто в наступному блоці.

Блок 3.4. Практика використання категорії «суспільна небезпека злочину»

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. Суспільну небезпеку переважно розглядають у контексті тяжкості злочину, зазвичай по суті отожднюючи її з останнім поняттям. Встановлення тяжкості злочину (типової та/або індивідуальної) передбачають норми мало не кожного інституту Загальної частини кримінального права – від чинності кримінального закону в просторі до заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.

Найбільш показовою є практика судів із урахування ступеня тяжкості вчиненого злочину при призначенні покарання, зокрема більш м'якого, ніж передбачено законом.

Аналіз 500 судових рішень, розміщених у відповідному державному реєстрі, засвідчує, що суди не дають належних пояснень, у який саме спосіб вони беруть до уваги ступінь тяжкості вчиненого злочину. У вироках використовують два найбільш типові варіанти формулювань: 1) суд враховує, що злочин належить до певної категорії тяжкості, передбаченої ст. 12 КК; 2) суд враховує ступінь тяжкості вчиненого злочину (проте суди не вдаються до пояснень, яким саме чином враховано тяжкість, які саме ознаки впливають на цю тяжкість тощо). Лише у 15 % випадків суд враховує одну, вкрай рідко – дві ознаки складу злочину, що, на його думку, слід узяти до уваги при визначенні ступеня тяжкості вчиненого посягання: суспільно небезпечні

наслідки (8 % вироків), мета (5 %), вина (3 %), мотив (2 %).

Отже, суди зазвичай з максимальною формальністю підходять до виконання вимог кримінального закону щодо врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину: вони лише голосливо стверджують, що беруть до уваги цю тяжкість, але жодним чином не пояснюють, як саме тяжкість злочину відбилась на обраній мірі кримінальної відповідальності. Що це може означати?

Відсутність у вирокі обґрунтування обраної міри відповідальності означає одне: він є необґрунтованим, означає, що міру відповідальності обрано «зі стелі», адже неможливо переконатись у протилежному, неможливо зрозуміти, які фактори спонукали суд обрати ту чи ту міру відповідальності, неможливо впевнитись у пропорційності обраної міри. Обґрунтованим вирокі можна вважати лише такий вирок, мотивувальна частина якого дає змогу прогнозувати зміст резолютивної. Чи багато знайдеться вироків, текст яких дає це зробити? Аби відповісти на це запитання, кожен може довільно обрати в Єдиному державному реєстрі судових рішень кілька обвинувальних вироків (для чистоти експерименту варто обирати вирок по тих статтях КК, санкції яких є доволі широкими) і спробувати на основі мотивувальної частини «вирахувати» призначене покарання. Мені трапився, зокрема, вирок у справі, фабулу якої наведено нижче.

«Особа 3», уродженець м. Кобулети, Грузія, грузин, громадянин Грузії, з середньою освітою, одружений, офіційно не працює, раніше не судимий, має постійне місце проживання, вчинив крадіжку в особливо великих розмірах (ч. 5 ст. 185 КК). Він проник до автомобіля, що стояв на парковці біля одного з одеських магазинів, та вкрав жіночу сумку з великою сумою грошей та іншим майном. Загальна вартість викраденого становила майже 830 тис. грн, тобто понад 1362 нмдг. Призначаючи покарання «Особі 3», суд врахував: «суспільну небезпеку і характер вчиненого ним кримінального правопорушення, тяжкість скоєного, позитивну характеристику з місця проживання, відсутність пом'якшуючих та обтяжуючих обставин, а також думку потерпілого (зі змісту рішення геть не зрозуміло, яку саме думку потерпілої врахував суд, можливо, мається на увазі її свідчення про вартість викраденого і те, що вона «все цінне майно завжди возила із собою, так як боялася крадіжки за місцем її мешкання». – Д. А.), керуючись вимогами виваженості та справедливості, з метою виправлення і запобігання вчиненню нових злочинів, колегія суддів вважає, що виправлення та перевиховання Особа_3 можливо лише в умовах

ізоляції від суспільства з призначенням покарання у виді позбавлення волі, з конфіскацією всього майна, що належить останньому на праві приватної власності на користь держави» [21]. Санкція ч. 5 ст. 185 КК передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна.

Тож яке покарання призначив суд? Мої міркування були такими: обставин, що пом'якшують, та обставин, які обтяжують відповідальність, не встановлено, характеристика особи винного не вирізняється чимось специфічним, що має істотно вплинути на міру покарання, тому суд мав би звузити діапазон строку основного покарання до середнього показника, тобто призначити 9,5 років позбавлення волі з конфіскацією майна. Присутні на лекціях міркували аналогічно. У реальності суд призначив 7 років позбавлення волі з конфіскацією. Чому саме 7 років? Схоже, що науці кримінального права це не відомо.

Особливо яскраво судове розуміння поняття «тяжкість вчиненого злочину», а отже і поняття «суспільна небезпека злочину» проявляється при призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Стаття 69 КК вимагає від суду пояснити, які саме пом'якшуючі обставини знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину настільки істотно, що дозволяє суду вийти за межі санкції. Тому узагальнений перелік обставин, що найчастіше визнаються судами такими, що істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, дозволяє опосередковано визначити, як саме суди розуміють поняття «тяжкість вчиненого злочину».

Аналіз 180 обвинувальних вироків судів, постановлених із застосуванням ст. 69 КК України, засвідчив, що в них згадано 44 пом'якшуючі обставини, які суди в різному поєднанні враховують при вирішенні питання щодо призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Ось перелік тих обставин, що трапляються найчастіше:

- 91 % – щире каяття та/або визнання вини;
- 41 % – сприяння (не завжди активне) у розкритті злочину;
- 39 % – повне або часткове відшкодування за подіяної шкоди;
- 28 % – відсутність судимості;
- 21 % – позитивна характеристика обвинуваченої особи;
- 20 % – наявність осіб, за якими необхідно доглядати;
- 14 % – похилий або молодий вік обвинуваченої особи;
- 14 % – поганий стан здоров'я обвинуваченої особи;

- 12 % – з'явлення із зізнанням;
- 12 % – думка потерпілого щодо необхідної міри покарання;
- 8 % – відсутність тяжких наслідків.

Серед решти обставин, які відображені у судових вироках (менше 5 % випадків), привертають увагу, наприклад, такі: відсутність обставин, що обтяжують покарання; правдиві покази підсудного; винний є потерпілим унаслідок аварії на ЧАЕС; у результаті ДТП винуватий сам отримав середньої тяжкості тілесні ушкодження; перебування підсудного під вартою близько 2,5 років; підсудний «в даний момент злочинною діяльністю не займається».

Наведений перелік ознак доводить, що суди можуть собі дозволити визнавати обставинами, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, які завгодно фактори і повністю ігнорують як кримінально-правову науку, так і здоровий глузд. Жодна з наведених ознак насправді не характеризує тяжкість вчиненого злочину, всі вони стосуються особи злочинця або його посткримінальної поведінки, або чогось такого, що взагалі не слід брати до уваги при призначенні покарання.

Наприклад, Жидачівський районний суд Львівської області розглядав провадження щодо особи, яка у власному будинку кілька разів дерев'яним поліном вдарила по голові чоловіка, а потім штовхнула його, в результаті чого він упав і вдарився головою об бетонну підлогу. Від одержаних травм потерпілий помер у лікарні за кілька днів. Вчинене було кваліфіковано за ч. 2 ст. 121 КК, що передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від 7 до 10 років.

Призначаючи покарання, суд врахував: «визнання вини та щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, позитивну характеристику з місця проживання, похилий вік, що є пенсіонером, стан здоров'я [...], а також те, що конфлікт був спровокований померлим, думку потерпілої, яка просить суворо не карати обвинувачену та не позбавляти її волі, клопотання сільського сходу с. Загірочко Жидачівського району про призначення покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, що спричинені збитки обвинуваченою відшкодовані». Все наведене суд визнав обставинами, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, і призначив покарання із застосуванням ст. 69 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років та на підставі ст. 75 КК звільнив засуджену від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком тривалістю 2 роки [22].

Ще яскравіше ілюструє ставлення судів до категорій «суспільна небезпека злочину» і «тяжкість злочину» практика звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки. У реєстрі судових рішень важко знайти ухвалу про таке звільнення, яка б не заслуговувала на дуже змістовні зауваження. Наприклад, Галицький районний суд м. Львова розглядав провадження щодо слідчого Головного управління Національної поліції у Львівській області. Цей слідчий розслідував крадіжку (ч. 3 ст. 185 КК). Оскільки строк досудового слідства закінчувався, а судово-товарознавчу експертизу вчасно призначено не було, слідчий підробив висновок експертизи, долучив його до матеріалів провадження та послався на нього в обвинувальному акті, який направив разом з іншими матеріалами кримінального провадження прокурору для затвердження обвинувального акта та подальшого звернення з таким актом до суду. Факт зазначеного підроблення було виявлено під час судового розгляду відповідної кримінальної справи.

Вчинене було кваліфіковано за ч. 1 ст. 366 та ч. 4 ст. 358 КК. Не коментуватиму кримінально-правову оцінку діянь слідчого, оскільки це прямо не стосується тематики статті. Натомість наведу цитату з судового рішення, де викладено доводи, якими суд аргументує ухвалені рішення: «Особа_1 вчинив злочини невеликої тяжкості, раніше не судимий, характеризується з позитивної сторони, на обліку в лікаря психіатра та лікаря нарколога не перебуває, наказом [...] звільнений зі служби в поліції. Самі вчинені ним злочини втратили суспільну небезпеку, оскільки вказані ним об'єкти дослідження були скеровані на експертизу судом» [23]. З наведеної «аргументації» неважко здогадатись, яке рішення ухвалив суд. Він звільнив обвинуваченого від кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ч. 1 ст. 366 КК, у зв'язку з дійовим каяттям, а за злочин, передбачений ч. 4 ст. 358 КК України, – у зв'язку зі зміною обстановки.

Наведені факти видаються промовистими, а їхнє значення – самоочевидним. У вироках не відображаються результати оцінки індивідуальної тяжкості злочину, а отже суди не здійснюють такої оцінки, залишаючи поза увагою матеріальну ознаку злочину, про виключну теоретичну та практичну значущість якої так багато написано. Окрім цього, суди практикують довільне та необґрунтоване тлумачення понять «суспільна небезпека злочину» і «тяжкість злочину». Кримінальне законодавство значною мірою будувалося на цих поняттях, вони мали стати ефективними інструментами індивідуалізації відповідальності та забезпечувати справедливу судову дискрецію. Натомість їх закріплення

в КК відкрило широкі можливості для судового свавілля та породило серйозні корупційні ризики. На мою думку, така ситуація значною мірою пов'язана з історією появи аналізованої категорії у вітчизняному кримінальному законодавстві та функціями, які вона мала виконувати. Докладніше ці питання буде розглянуто нижче (див. блок 3.6).

Блок 3.5. Розмежування злочинів та інших правопорушень

У вітчизняній літературі зазвичай розмежування злочинів та інших правопорушень, передусім адміністративних деліктів, здійснюється за ознакою суспільної небезпеки: злочини є більш небезпечними правопорушеннями, адміністративні делікти – менш небезпечними. Хоча все ще можна натрапити на твердження про те, що адміністративні делікти є шкідливими, а не суспільно небезпечними. Однак слушних аргументів на користь такого розрізнення не запропоновано.

У логіці визнано, що розмежувальні ознаки (ті, що вирізняють предмети* з-поміж інших) мають бути притаманні *лише* цим предметам [25, с. 140]. Суспільна небезпека є властивістю і злочинів, і адміністративних деліктів, це факт. Якийсь відмінний ступінь суспільної небезпеки не перетворює один вид правопорушення на інший, і це чітко проявляється в поділі злочинів на види залежно від ступеня тяжкості. Адже злочин середньої тяжкості не перестає бути злочином лише тому, що він є менш небезпечним, ніж особливо тяжкий злочин. До того ж абсолютно очевидно, що переміщення статті про відповідальність за певне правопорушення з КК до КУпАП не змінює здатності цього правопорушення заподіювати істотну шкоду чи створювати загрозу її заподіяння.

Але це не єдиний постулат логіки, що порушується під час розмежування злочинів та адміністративних проступків за ознакою суспільної небезпеки. Ознаки, які відрізняють предмети одного класу від предметів іншого класу, самі мають піддаватись розрізненню та виявленню такою мірою, щоб судження про їх наявність або відсутність у певних предметів були такими, які можна перевірити з достатнім ступенем точності. Не можуть слугувати для розрізнення предметів такі суб'єктивні оцінки, як смачний, приємний, огидний [25, с. 133]. Такою ознакою не може бути, наприклад, істотність шкоди, наявність або відсутність якої згідно з КК є наріжним каменем відрізнення малозначного діяння від злочину. Те саме стосується суспільної небезпеки.

* У логіці до предметів відносять речі (індивіди, системи об'єктів, ситуації), події та процеси. Отже, поняттям «предмет» у логіці охоплюється і правопорушення, і окремі його види [24, с. 3].

Можна пригадувати безліч відомих прикладів, коли однозначно визначити межу між певним злочином та адміністративним проступком практично неможливо. Більшість із них пов'язана з використанням так званих оціночних понять, які насправді точно оцінити неможливо (приміром, порушення законодавства про працю, передбачене ст. 41 КУпАП, та *грубе* порушення законодавства про працю, передбачене ст. 172 КК).

Отже, суспільна небезпека не є ознакою, що розмежовує різні види правопорушень, навпаки, ця ознака об'єднує обидва види деліктів – злочини та адміністративні проступки – у єдине поняття кримінального правопорушення.

На мою думку, для розмежування кримінальних та інших правопорушень слід використовувати підходи, що добре вкоренились у практиці Європейського суду з прав людини, зокрема так звані критерії Енгеля*.

Блок 3.6. Суспільна небезпека як соціальна сутність злочину: ретроспективний погляд

У більшості сучасних підручників робиться особливий акцент на значущості ознаки суспільної небезпеки у зв'язку з тим, що вона відбиває соціальну сутність злочину. Проте ніколи не пояснюється, для чого в законодавчому визначенні вказувати на цю ознаку і чому в більшості країн світу (передусім у тих, які не зазнали доленосного впливу «соціалістичного права») обходяться без цієї ознаки. Аби дати таке пояснення, важливо простежити історичний розвиток тези про соціальну сутність злочину.

1984 рік

Формальне поняття злочину, сформульоване буржуазним кримінальним правом як діяння, яке заборонено кримінальним законом під страхом покарання, не розкриває, а затушовує класовий, реакційний характер буржуазного кримінального права. [...] Таким чином, на відміну від формально-догматичного визначення злочину в буржуазному кримінальному праві радянське кримінальне законодавство дає матеріальне поняття злочину, тобто розкриває його соціальну, класову сутність...** [26, с. 54–55].

* Коли в кримінальне процесуальне законодавство було запроваджено категорію кримінального проступку, постало питання про визначення кола діянь, які слід віднести до цього виду правопорушень, і почали з'являтися перші законопроекти відповідного спрямування, я запропонував вирішувати це питання, зважаючи на практику ЄСПЛ, що спирається на критерії Енгеля (див.: Азаров Д. С. Трансформація адміністративних правопорушень у кримінальні проступки: концептуальні засади. *Наука і правоохорона*. 2013. № 1 (19). С. 146–151). Тепер ці критерії доволі добре описані у вітчизняній кримінально-правовій літературі і знову розглядати їх у цій статті немає сенсу.

** Тут і далі переклад з російської мови мій. – Д. А.

1970 рік

Буржуазне кримінальне право вважає злочином діяння, заборонене під страхом покарання. Таке формальне визначення злочину не розкриває його сутності. [...] Матеріальне поняття злочину необхідне для того, щоб розкрити класовий, політичний зміст кримінального законодавства соціалістичної держави [27, с. 21, 24].

1948 рік

На відміну від буржуазного права основний зміст злочину – його суспільну небезпеку – в радянському праві можна встановити з повною ясністю. Радянське законодавство, включаючи кримінальне, базується на справжній науці – марксистсько-ленінському вченні про суспільство, що дає йому можливість безпомилково визначати небезпеку тих чи інших діянь і ступінь їх небезпеки [28, с. 131].

Як бачимо, теза про необхідність відображення в законі соціальної сутності злочину сягає корінням у першу половину ХХ ст. Її походження пояснюється необхідністю підкреслити класовий характер соціалістичного кримінального права та бодай якось обґрунтувати відмову від принципу *nullum crimen sine lege* і запровадження аналогії кримінального закону [29, с. 203], яка забезпечувалась наявністю у кримінальному законодавстві 1920-х років матеріального визначення поняття злочину – визначення, яке дозволяло до безмежності розширювати коло діянь, які «влада робітників і селян» воліла визнавати злочинними.

Відтоді більшість радянських учених, яка не могла не забезпечувати ідеологічні потреби «панівного класу», намагалась якось виправдати аналогію. «Невідомо, в які форми перетвориться класова боротьба з буржуазією, що втратила панування, і її класовими попутниками, – писав А. А. Піонтковський, – тому невідомим є і коло злочинного, що відповідатиме класовим інтересам пролетаріату, який прийшов до влади. Невідомі і конкретні форми боротьби зі злочинністю, що відповідатимуть пролетарській правосвідомості та новій суспільній формації, що утворюється, – диктатурі пролетаріату» [30, с. 16–17]. Науковці наполегливо переконували один одного, студентів та суспільство загалом у тому, що матеріальна ознака злочину є найважливішою (порівняно з формальною ознакою, на яку спираються представники «буржуазного» кримінального права), і саме через це прогресивний радянський законодавець передбачив її в законі, бо він, законодавець, *бачить саму сутність злочину як класового явища*. Коли в 1960-х роках

в усіх республіках СРСР ухвалювали останні радянські кримінальні кодекси, аналогії позбавилися, а от повернутися до формального визначення поняття злочину після масової агітації на користь матеріального, звісно, не змогли. Утім, поява формально-матеріального визначення поняття злочину насправді аналогію не знищила. Починаючи з моменту появи в законодавстві, аналогія деформувала його, а згодом – після заборони – трансформувалась у велику кількість оціночних понять, у неоднозначно визначені межі складів злочинів, заширокі санкції, майже безмежну судову дискрецію. Така деформація і трансформація вплинули на формулювання багатьох складів злочинів, що добре простежується на прикладі «грубого порушення законодавства про працю».

У КК 1922 р. [31] було встановлено відповідальність за порушення законів (а не законодавства) про працю і передбачено порівняно чіткий перелік відповідних діянь. У наступних кодексах (1927 і 1960 рр.) [32; 33] межі цього складу злочину поступово розмиваються: перелік нормативних актів, порушення яких вважалося злочинним, розширюється і позначається терміном «законодавство», зміст якого досі є дискусійним, а коло злочинних діянь окреслюється невизначеними поняттями «грубе порушення законодавства про працю», яке донині живе в чинному КК.

Прикметник «грубе» уособлює всі недоліки побудови кримінального законодавства на понятті «суспільна небезпека злочину». Оцінювання грубості (читайте – суспільної небезпеки) схоже з визначенням того, чи є чай гарячим. Кожен може сказати, що чай дуже гарячий – це коли обпікає. Так само кожен може легко констатувати дуже високий ступінь суспільної

небезпеки, коли наслідки є такими, небезпечність яких у жодної людини не може викликати сумнівів (вбивство, заподіяння великих збитків викраденням чужого майна тощо). Набагато складніше визначити нижню межу температури чаю, коли чай вже є не гарячим, а теплим чи прохолодним. У який момент можна сказати, що чай вже холодний – 40 °С чи 39 °С, чи 38 °С, чи 37 °С?.. Тут ми обов'язково стикаємось із парадоксом нагромадження (або парадоксом купи зерна): якщо до одного зернятка додати ще одне, купа утворюється? Ні. А якщо додати ще одне? Ні. А ще? А в який момент кілька зерняток перетворюється на купу? Як цей момент обґрунтовано визначити? І навпаки – якщо від купи зерна по одному прибирати зернятка, в який момент купа зерна перестане бути власне купою?

Суспільну небезпеку неможливо виміряти, проте її було введено не для чітких вимірів. Ретроспективний аналіз засвідчує, що впровадження в законодавство категорії «суспільна небезпека» не мало на меті зробити закон більш чітким та однозначним. Навпаки, цю категорію розраховано на максимальне розмиття меж складів злочинів та розширення судової дискреції. Наведене породжує серйозні сумніви в раціональності перетворення суспільної небезпеки на наріжну категорію кримінального законодавства, від суб'єктивної оцінки якої наразі залежить майже будь-яке рішення в кримінально-правовій сфері.

Етап 4. Повторне опитування

Повторне опитування за структурою та способом проведення повністю повторювало первісне опитування. Ось результати обох опитувань у порівнянні (рис. 6–9).

Твердження 1. Ознака суспільної небезпеки має використовуватись у законодавчому визначенні поняття «злочин»

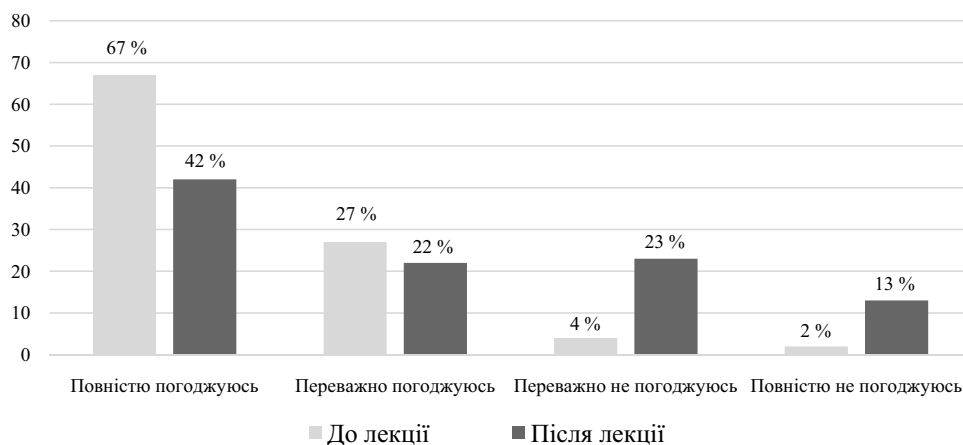


Рис. 6. Порівняння результатів первісного та повторного опитувань щодо твердження 1

Твердження 2. Ознака суспільної небезпеки ефективно використовується як інструмент диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності

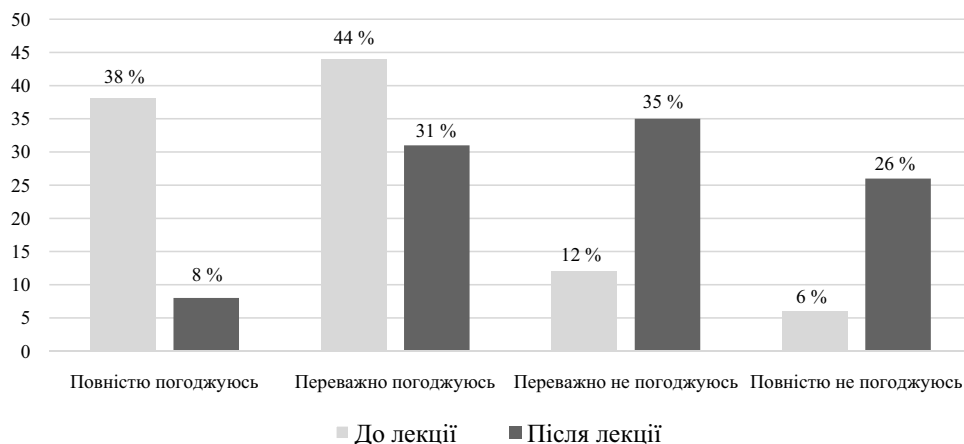


Рис. 7. Порівняння результатів первісного та повторного опитувань щодо твердження 2

Твердження 3. Ознака суспільної небезпеки дає змогу чітко розмежувати різні види правопорушень – злочини та адміністративні делікти

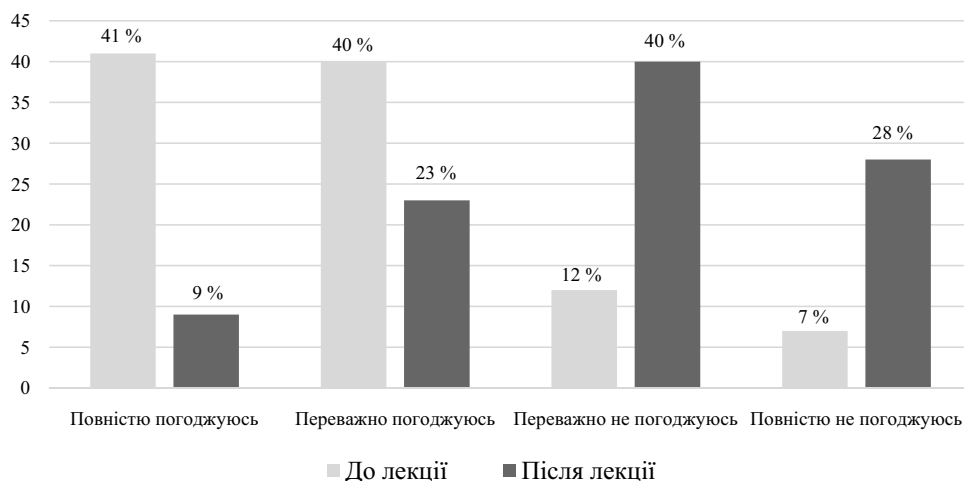


Рис. 8. Порівняння результатів первісного та повторного опитувань щодо твердження 3

Твердження 4. Є чіткий тест, що дозволяє однозначно встановити характер і ступінь суспільної небезпеки певного діяння

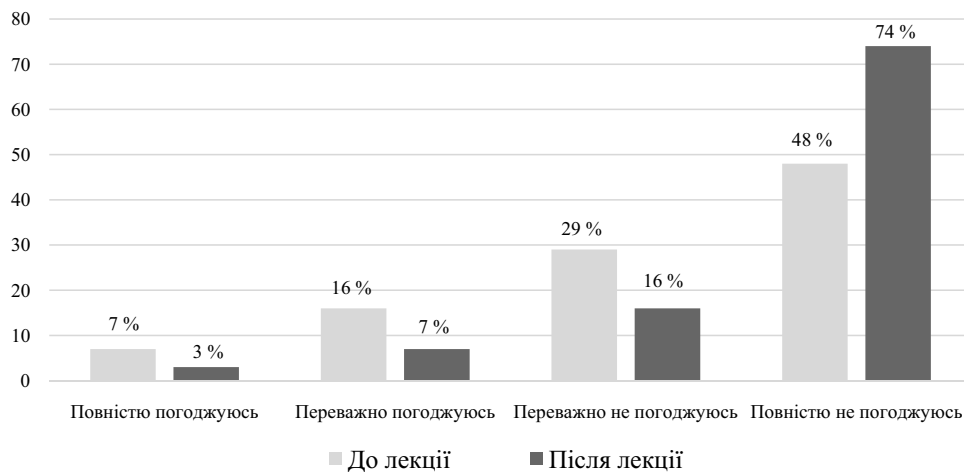


Рис. 9. Порівняння результатів первісного та повторного опитувань щодо твердження 4

Етап 5. Оцінка динаміки зміни ставлення аудиторії до поняття «суспільна безпека». Висновки

Як бачимо, результати первісного і повторного опитувань суттєво відрізняються: значна частина або навіть переважна більшість присутніх змінила своє ставлення до наведених вище тверджень. На різних лекціях аудиторія істотно відрізнялась, тож і реакція була доволі розмаїтою. Наприклад, у ЛНУ ставлення до твердження 1 змінилось кардинально: спершу було 6 % незгодних, а після лекції їх частка збільшилась до 80 %, тобто 74 % змінили свою позицію. Інша ситуація була в НЮУ: ставлення змінили лише 22 % присутніх.

Звісно, після того, як протягом близько 100 років у навчальній літературі панували твердження про виняткову значущість поняття суспільної безпеки злочину, важко розраховувати на раптову зміну світогляду юристів. Реакція присутніх на лекції у Львові є радше аномалією для вітчизняної правничої спільноти, ніж трендом. Однак той факт, що майже третина присутніх після півторагодинної лекції-дискусії змінили своє ставлення до законодавчого закріплення суспільної безпеки як ознаки злочину, загалом свідчить про готовність переосмислювати сутність та функціональність цієї категорії.

Готовність до переосмислення ґрунтовно підкріплюється результатами опитування за твердженнями 2 і 3. Не погодились з тим, що ознака суспільної безпеки є дієвим інструментом диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності, 61 % (проти 18 % за першого опитування), а з тим, що ця ознака дає змогу розмежувати злочини і адміністративні делікти, – 68 % (проти 17 %). Важливо відзначити дуже істотне (більш ніж у 4,5 рази) зменшення кількості повністю згодних із цими твердженнями. Зазначене в сукупності ілюструє загальну тенденцію зміни ставлення правників до категорії «суспільна безпека», яка концентрується в результатах опитування за твердженням 4, коли 90 % присутніх визнали, що в реальності немає якогось чіткого тесту, який дає змогу однозначно встановити характер і ступінь суспільної безпеки певного діяння.

Викладене дає підстави для різнопланових висновків.

1. Експеримент повністю підтвердив наукову гіпотезу, заради перевірки якої його було проведено. Результати первісного опитування засвідчили, що уявлення правників про сутність та функціональне навантаження категорії «суспільна безпека» загалом відповідають підходам, що традиційно викладаються в підручниках. Водночас

подання концентрованої інформації про проблеми практичного застосування цієї категорії та наслідки, до яких призводить її використання, зумовлює кардинальну зміну ставлення до цього поняття та практики його використання. Така різка зміна, на мою думку, не могла відбутись під впливом самої лише лекції. Очевидно, що у свідомості присутніх були первісні сумніви в практичній «дієздатності» категорії «суспільна безпека злочину». Лекція стала лише каталізатором остаточного оформлення цих сумнівів та відповідних висновків, що відобразились у повторному опитуванні.

2. Всі основні переваги (можливості) поняття «суспільна безпека злочину», названі під час SWOT-аналізу, спростовуються практикою, а результати повторного опитування довели, що цей факт визнає більшість опитаних. Авторські висновки, які ґрунтуються на вивченні судової практики та ретроспективному аналізі появи категорії «суспільної безпеки» в кримінальному законодавстві, загалом сприймаються правничою спільнотою і доводять необхідність переосмислення цієї категорії та її значення для диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності. Дискусійні питання, пов'язані з поняттям суспільної безпеки злочину, заслуговують на ширше висвітлення в навчальній літературі та під час викладання кримінального права.

3. Найважливішою видається реакція аудиторії, яка полягає в запереченні наявності тесту, що дозволяє чітко встановити міру суспільної безпеки (з твердженням 4 не погодились 77 % присутніх на лекції (29 % переважно не погодились і 48 % повністю не погодились) під час первісного опитування та 90 % під час повторного (16 % переважно не погодились і 74 % повністю не погодились)). Визнання відсутності такого тесту фактично означає констатацію того, що закладання в основу системи індивідуалізації кримінальної відповідальності категорії суспільної безпеки злочину суперечить вимогам верховенства права, зокрема принципам юридичної визначеності, захисту довіри, пропорційності, обмеження дискреційних повноважень, рівності перед законом і навіть законності та принципу розподілу влади.

Викладене означає, що кримінальний закон не можна будувати з розрахунку на те, що в процесі застосування кримінально-правових норм буде визначатись міра суспільної безпеки і залежно від цього вирішуватись, чи є вчинене діяння злочином. У законі має бути чітко сформульовано межі складів злочинів, аби дискреція суду, прокурора чи слідчого не поширювалась на вирішення питання про злочинність чи незлочинність діяння, передбаченого законом (за винятком випадків

наявності обставин, що виключають злочинність діяння). Для цього закони мають писатись, а потім застосовуватись із дотриманням таких, зокрема, правил: якщо склад злочину є формальним, то діяння є злочинним незалежно від наслідків, які настали; якщо передбачено певні наслідки, то за їх настання не може розглядатись питання про малозначність діяння; законодавчий опис діяння не може супроводжуватись прикметниками, що характеризують якість, яку не можна чітко виміряти (грубе, злісне, зухвале, цинічне тощо); якщо мінімальну межу шкоди певного виду (приміром, майнової) від злочину не зазначено в законі, то спричинення будь-якої за розміром шкоди цього виду свідчить про злочинність діяння. Звісно, при індивідуалізації кримінальної відповідальності не можна обійтись без дискреції, але цю дискрецію має бути раціонально обмежено.

Попри всі критичні міркування цінність вчення про суспільну небезпеку злочину не можна применшувати. Водночас спосіб відображення квінтесенції зазначеного вчення в законодавстві і те, як її розуміє більшість правників, є небезпечним та породжує низку критичних кримінально-правових ризиків як «наслідків браку обґрунтованості та системності у правотворчості, а також непрофесійного застосування законодавства, відсутності знань про тлумачення закону і навичок у цій справі» [34, с. 100].

4. Опитування і дискусії під час лекцій засвідчили, що викладачі кримінального права та науковці набагато впевненіше почуваються в найскладніших ситуаціях, коли дуже важко однозначно вирішити питання нормотворення або правозастосування, пов'язані з невизначеністю поняття суспільної небезпеки злочину, – питома вага тих, хто повністю або переважно погодився з твердженнями, за якими проводилось опитування, серед викладачів значно (іноді в рази) більша, ніж серед інших категорій правників. Очевидно, це обумовлено значно глибшою обізнаністю з теорією кримінального права, досягти якої для основної маси суддів, прокурорів, адвокатів, а також народних депутатів буде проблематично. Викладене зумовлює такий висновок: 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.

Список використаної літератури

1. Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник / за ред. В. О. Навроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 712 с.
2. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін [та ін.] ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2015. 528 с.
3. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право : навч. посіб. / за ред. М. І. Хавронюка. Київ : Ваїте, 2014. 944 с.
4. Панов М. І. Суспільна небезпечність злочину. *Велика українська юридична енциклопедія* : у 20 т. Т. 17 : Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій (голова), В. І. Борисов (заст. голови) [та ін.]. Харків : Право, 2017. С. 942–944.
5. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / Александров Ю. В., Антипов В. І., Володько М. В. [та ін.] ; відп. ред. Кондратьєв Я. Ю. ; наук. ред. Клименко В. А., Мельник М. І. Київ : Правові джерела, 2002. 432 с.
6. Пинаев А. А. Курс лекцій по Общей части уголовного права : книга первая : О преступлении. Харьков : Харьков юридический, 2001. 274 с.
7. Матишевський П. С. Кримінальне право України. Загальна частина : підруч. для студентів юрид. вузів і ф-тів. Київ : А.С.К., 2001. 352 с.
8. Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник. Вид. 3-тє, допов. і перероб. Одеса : Фенікс, 2018. 394 с.
9. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части : учебник / отв. ред. Е. Л. Стрельцов. Харьков : Одиссей, 2006. 720 с.
10. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. П. С. Матишевського [та ін.] ; стер. вид. Київ : Юрінком Інтер, 2000. 512 с.
11. Рудковська М. Р. Суспільна небезпека як ознака поняття злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів, 2017. 187 с.
12. Тертичка В. В. Стратегічне управління : підручник. Київ : К.І.С., 2017. 932 с.
13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання : Закон України від 3 липня 2018 року № 2475-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2475-19> (дата звернення: 29.03.2019).
14. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63899 (дата звернення: 29.03.2019).
15. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання» № 8296 від 19 квітня 2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63899 (дата звернення: 29.03.2019).
16. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 20 квітня 2018 р. № 7279-д. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63928 (дата звернення: 29.03.2019).
17. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення

- досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» № 7279-д від 20 квітня 2018 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63928 (дата звернення: 29.03.2019).
18. Киричко В. М. Про правозахисну функцію категорії «суспільна небезпечність» у системі Кримінального кодексу України. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2016 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2016. С. 185–190.
 19. Берзін П. С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення : монографія. Київ : Дакор, 2009. 736 с.
 20. Борисов В., Пашенко О. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 3 (42). С. 180–190.
 21. Вирок Київського районного суду м. Одеси від 29 грудня 2017 р. у справі № 520/4551/15-к, провадження № 1-кп/520/485/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/review/71372541> (дата звернення: 29.03.2019).
 22. Вирок Жидачівського районного суду Львівської області від 14 листопада 2013 р. у справі № 443/244/13-к, провадження № 1-кп/443/25/13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/review/36013007> (дата звернення: 29.03.2019).
 23. Ухвала Галицького районного суду м. Львова від 30 січня 2018 р. у справі № 461/304/18, провадження № 1-кп/461/213/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72229058> (дата звернення: 29.03.2019).
 24. Войшвилло Е. К., Дегтярев М. Г. Логика как часть теории познания и научной методологии (фундаментальный курс). Кн. II. Учебное пособие для студентов философских факультетов и преподавателей логики. Москва : Наука, 1994. 333 с.
 25. Войшвилло Е. К. Понятие. Москва : Изд-во Московского ун-та, 1967. 286 с.
 26. Уголовное право УССР. Общая часть : учебник / под ред. В. В. Сташиса, А. Ш. Якупова. Киев : Вища школа, 1984. 384 с.
 27. Курс советского уголовного права. В 6 т. Т. 2 : Преступление / А. А. Пионтковский. Москва : Наука, 1970. 516 с.
 28. Дурманов Н. Д. Понятие преступления. Москва : Изд-во АН СССР, 1948. 315 с.
 29. Курс уголовного права. Т. 3 : Уголовный закон / М. Д. Шаргородский. Москва : Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1948. 238 с.
 30. Пионтковский А. А. Уголовное право РСФСР. Общая часть. Москва : Госиздат, 1924. 235 с.
 31. Уголовный кодекс У.С.С.Р., утвержденный В.У.Ц.И.К 23 августа 1922 г. Харьков : Изд. Наркомюста У.С.С.Р., 1922. 100 с.
 32. Уголовный кодекс УССР в редакции 1927 года. Текст с по-статейными разъяснениями из циркуляров и постановлений Наркомюста и Верх. Суда УССР и определений УКК Верховного Суда УССР (по 1 июля 1927 г.) и сопоставительной таблицей статей УК старой и новой редакции и ал-фавитно-предметным указателем / сост. И. И. Курицкий, Л. А. Гиммельфарб, Н. И. Шихмантер. Харьков : Юрид. изд-во НКЮ, 1927. 322 с.
 33. Уголовный кодекс Украинской ССР : официальный текст с изменениями и дополнениями по состоянию на 1 января 1964 года. Киев : Политгиздат Украины, 1964. 147 с.
 34. Музика А. А. Кримінально-правові ризики: постановка нау-кової проблеми. *10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та по-дальшої гармонізації із законодавством європейських країн* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.) ; В. І. Борисов (заст. голов. ред.) [та ін.]. Харків : Право, 2011. С. 98–103.

Denys Azarov

THE UNDERSTANDING OF SOCIAL DANGER OF CRIME: RESULTS OF SOCIOLOGICAL EXPERIMENT

The article presents the results of the experiment conducted within a series of lectures focused on the issues of “social danger” and “gravity” of offence in September – December, 2018. Approximately 200 lawyers of different status (students and instructors of law schools, higher education institutions, local prosecutor offices’ officials, as well as parliamentary employees) participated in it. The major idea of the experiment was focused on conducting the first anonymous poll of the participants in real time, which has contributed to ascertainment of lawyers’ common understanding regarding the essence and functionality of the “social danger” issue; presenting concentrated information regarding the issues in practical application of this issue and on the consequences resulting from its application; a subsequent poll; and the evaluation of the change dynamics in audience attitude to the issue of “social danger”. The outcome has proven i.e. the following: lawyers’ understanding regarding the essence and functionality of the “social danger” issue is on the one hand based on traditional approaches present in national textbooks, while on the other hand those do not reflect the reality of the contemporary criminal law application practice; these ideas undergo sharp changes following the familiarization with the history of the appearance of this issue in the national legislation, as well as with the contemporary practice of its application. Contrary to the initial poll, the subsequent poll’s participants’ answers have reflected the negation of a set of claims traditionally present in major Ukrainian Criminal Law textbooks, namely that the characteristic of social danger is being effectively applied as an instrument of criminal liability differentiation and individualization; the characteristic of social danger provides a possibility to distinctly distinguish different types of offences, namely crimes and administrative delicts. Almost all participants also acknowledged the absence of the test (algorithm) allowing unequivocal establishment of the character and degree of a certain deed social danger.

Keywords: criminal offence, crime, social danger, criminal liability.

Матеріал надійшов 29.03.2019