

Чугуніков І.І.

к.ю.н., доцент,

доцент кафедри кримінального права

Національний університет «Одеська юридична академія»

ПОЗИТИВІЗЬКЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ І ОЦІНОЧНІ ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Сучасний стан розвитку вітчизняної кримінально-правової системи характеризується одночасною наявністю двох прямопротилежних тенденцій. З одного боку вважається, що ця система знаходиться у стані кризи, причини якої вбачають в її «ураженості» позитивізмом. Тому основні ставки у подоланні такої кризи робляться на можливості «непозитивізького» (природно-правового, антропологічного, соціологічного тощо) праворозуміння. Водночас антропологічний, соціологічний та інші напрями явно ідеалізуються, наділяються «надможливостями», позиціонуються як «проривні» у справі протидії злочинності, розглядаються як засади для створення нових кримінальних кодексів майбутнього Кримінального кодексу для потерпілих, комунікативного Кримінального кодексу тощо, що у підсумку переорієнтовує кримінально-правову систему на певну крайність, де гіпертрофується особистість та приватний інтерес. Абсолютизується й основна теза будь-якого «непозитивізького» праворозуміння – теза про необхідність розмежування права і закону, незважаючи на відсутність чітких критеріїв такого розмежування. Навіть нова редакція ст. 129 Конституції України (згідно Закону від 2 червня 2016р.) під час визначення основних засад судочинства, на відміну від КПК України (п. 2 ч.1 ст. 7, ст. 9), про законність не згадує, закріплюючи положення, відповідно до якого суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права (у попередній редакції «судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкорюються лише закону»). Такий підхід так або

інакше буде провокувати неповагу до закону, оскільки порушення будь-якої кримінально-правової норми можна буде обґрунтувати її несправедливістю. Правовий нігілізм цілком здатний призвести як до певного ігнорування ролі держави у формуванні права (хоча кримінальне право не може бути іншим аніж «позитивізьким», оскільки лише законодавець може визнати діяння злочином), так і до повного заперечення її монополії на застосування примусу. Але з іншого боку має місце і зворотня тенденція, яка пов'язана з явним перебільшенням можливостей позитивізького праворозуміння. Вона знаходить свій прояв у надмірній «активності» законодавця у кримінально-правовій сфері, внаслідок чого до КК України внесена величезна кількість різноманітних змін та доповнень, які навіть європейською спільнотою оцінюються як «законодавче сміття» [1, с. 160]; відвертій ставці на покарання, особливо у сфері боротьби з корупційною злочинністю; явному перебільшенні можливостей кримінального права у вирішенні питань політичного, економічного, ідеологічного, соціокультурного характеру; спробах протидіяти за допомогою кримінально-правових норм не конкретним суспільно-небезпечним діянням, а певним негативним соціальним явищам, які здійснюються шляхом криміналізації таких понять, як тероризм, корупція, домашнє насильство (пропозицій щодо криміналізації екстремізму, сепаратизму, колабораціонізму тощо). Перебільшення можливостей позитивізького праворозуміння знаходить свій прояв і ще в одному напрямі – прагненні законодавця витиснути оціночні криміналь-

но-правові поняття і замінити їх поняттями нормативними.

Зазначені тенденції, засновані на ідеалізації можливостей того чи іншого праворозуміння, у своєму логічному завершенні можуть мати виключно негативні наслідки, що наймовірніше актуалізує необхідність пошуку певної «золотої середини», без чого оптимізація вітчизняної кримінально-правової системи є неможливою.

Формулювання завдання дослідження.

Довести тези про необхідність збереження оціночних кримінально-правових понять і необґрунтованість їх заміни поняттями нормативними, для чого необхідно обґрунтувати недоцільність встановлення «порогу» кримінальної відповідальності на нормативному рівні; виявити певні вади суто позитивізького вирішення питання щодо таких понять, як «значна шкода», «істотна шкода», «велика матеріальна шкода» тощо; проаналізувати поняття малозначності діяння крізь призму позиції Пленуму Верховного суду України з цього питання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Ще в межах радянської кримінально-правової теорії наявність оціночних понять пояснювали необхідністю надання кримінально-правовому регулюванню більшої повноти, гнучкості, динамізму з тим, щоб кримінальний закон міг врахувати все розмаїття явищ у їх динаміці і розвитку [2, с. 68–74; 3, с. 87–91], необхідністю адекватно відображати множинність, складність і невизначеність явищ (об'єктів, фактів) об'єктивного світу [4, с. 220]. Тобто і тоді кримінальний закон позиціонувався не як певне «застигле» явище, а як явище динамічне, оскільки його оціночні поняття роблять можливими нові, раніше невідомі теорії у судовій практиці, форми зовнішнього вираження явищ відповідного класу. У зміст оціночного поняття завжди може бути включена нова, раніше невідома ознака, на підставі якої ці явища (факти) належать до множини, яку відображає це поняття [4, с. 221]. Оціночні поняття традиційно використовувалися під час встановлення «порогу» кримінальної

відповідальності та характеристики кваліфікуючих ознак, що у підсумку робило предмет кримінально-правового регулювання доволі гнучким. Так, наприклад, за КК УРСР 1960р. традиційно оціночними були такі поняття, як малозначність діяння, кримінально-каране розкрадання і його розмежування з дрібним розкраданням, види розкрадань, значна шкода потерпілому, істотна шкода тощо. Це дозволяло судам вирішувати такі питання, виходячи з усіх обставин справи у кожному випадку індивідуально. Але з проголошенням незалежності законодавець почав тяжіти до перетворення цих понять у нормативні. Нормативного статусу набули поняття дрібного розкрадання (з'явився законодавчий критерій його розмежування з кримінально-караним діянням), значної шкоди потерпілому (шкода визнається значною, якщо потерпілому спричинені збитки на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і навіть у цьому випадку законодавець зобов'язує суди враховувати його матеріальне становище не зрозуміло), видів розкрадань тощо. Ця тенденція притаманна майже усім розділам чинного КК. Так, наприклад, первісна редакція ст. 194 КК виходила з того, що великий чи особливо великий розмір шкоди за умисного знищення або пошкодження чужого майна є суто оціночним поняттям. Після змін примітки до ст. 185 КК, які відбулися у 2008 р., це поняття набуває нормативного характеру: спричинена шкода визнається заподіяною у великих розмірах, якщо вона у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а у особливо великих розмірах – шістсот і більше разів. Встановлення такого «порогу» кримінальної відповідальності за умисне знищення або пошкодження чужого майна навряд чи обґрунтовано, оскільки постійне збільшення податкової соціальної пільги суттєво звужує сферу застосування ст.194 КК. У випадку знищення, скажімо, чужої автівки шляхом підпалу (такі випадки значно почастишали у сучасній Україні, особливо після появи вели-

кої кількості нерозмитнених автівок з іноземною реєстрацією), кваліфікація за ст. 194 КК можлива лише тоді, коли її вартість перевищує 220 250 грн. (станом на 2018 р.). Зрозуміло, що стільки коштує далеко не кожна автівка.

Правоохоронні органи починають кримінальне провадження за ч. 2 ст. 194 КК за ознакою умисного знищення чужого майна шляхом підпалу. Однак у ч. 2 ст. 194 КК мова йде про кваліфікуючі обставини, які «не працюють» без ознак основного складу. На цей момент звертає увагу і Пленум ВСУ, який у п. 26 постанови від 6 листопада 2009 р. №10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» прямо зазначає, що кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження чужого майна настає у разі, якщо такими діями заподіяно шкоду у великих розмірах. Така ж доля спіткала й інше оціночне поняття – «істотна шкода». Спочатку стосовно злочинів у сфері службової діяльності воно розглядалося законодавцем як суто оціночне, потім набуло частково нормативного характеру (матеріальну шкоду як складник істотної шкоди, законодавець пов'язав із матеріальними збитками на суму, яка у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян), а згодом остаточно було перетворено на нормативне (згідно п. 3 примітки до ст. 364 КК України істотною шкодою у статтях 364, 347¹, 365, 365², 367 вважається така шкода, яка у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян), залишивши відкритим питання щодо оцінки шкоди, яка полягає у заподіянні суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру (наприклад, порушення прав та свобод особи у разі перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу).

Встановлення нормативного «порогу» кримінальної відповідальності за ті чи інші діяння породжує, на наш погляд, ще не одну серйозну проблему. Справа в тому, що об'єкти кримінально-правової охорони, яким заподіюється чітка фіксована шкода, наявність якої законодавець пов'язує з наявністю злочину, можуть

виступити не тільки як основні безпосередні, а також як додаткові безпосередні об'єкти. У зв'язку з цим виникає питання про те, чи буде мати місце злочин, коли за своєю конструкцією він є двохоб'єктним: додатковий об'єкт виконує функцію обов'язкової, а заподіяна йому шкода не досягає встановленого законодавцем «порогу» кримінальної відповідальності. Так, наприклад, додатковим обов'язковим об'єктом хуліганства, що супроводжувалося особливою зухвалістю, яка у свою чергу знайшла вияв у знищенні чи пошкодженні чужого майна, є власність. Цю позицію займає і ПВСУ у п.5 постанови від 22 грудня 2006 р. «Про судову практику у справах про хуліганство». Чи може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 296 КК особа, грубе порушення громадського порядку з боку якої супроводжувалося биттям вікон, вітрин магазинів, знищенням зупинок громадського транспорту, пошкодженням сміттєвих баків, пошкодженням лавочок у парку, і таке інше, якщо заподіяна шкода є меншою, аніж двісті п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів (податкових соціальних пільг) доходів громадян. На нашу думку, на це питання слід надати негативну відповідь, оскільки заподіяння шкоди об'єкту незалежно від його основного чи додаткового статусу, повинно розглядатися законодавцем як кримінально-каране діяння. Грубе порушення громадського порядку, що супроводжувалося знищенням чи пошкодженням майна, може розцінюватися у якості злочину тільки тоді, коли наявна кримінально-правовий складник такого знищення чи пошкодження (без цього порушення громадського порядку не може визнаватися грубим), а вона пов'язується з чітко фіксованою у законі шкодою. Варто відзначити також, що у літературі, як правило, зазначається, що додатково охоронювані ст. 296 КК об'єкти є факультативними. Як уявляється, факультативними ці об'єкти є з точки зору їх потенційної охорони. У разі вчинення конкретного діяння, один із цих потенційно охоронюваних об'єктів або декілька з них стають обов'язковими. Інакше наявність складу цього злочину виключається.

Умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця (ст.347 КК), умисне знищення чи пошкодження майна журналіста (ст. 347¹ КК), умисне знищення чи пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок (ст. 352 КК) законодавець не пов'язує з розміром заподіяної шкоди, як конститутивною ознакою цих злочинів. Питання щодо наявності суспільної небезпечності таких діянь вирішується лише з урахуванням положень ч. 2 ст.11 КК, що дає змогу без будь-яких перешкод «працювати» і кваліфікуючим обставинам (ч. 2 ст. 347, ч. 2 ст. 347¹, ч. 2 ст. 352). Але в цій частині авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та діяльність журналістів не можуть розглядатися як додатковий об'єкт хуліганства, оскільки обов'язковою ознакою злочинів, передбачених ст. 347, ст., ст. 347¹ та 352 КК є мотив їх вчинення – виконання службових обов'язків, законної професійної діяльності, службової чи громадської діяльності. Зазначене дозволяє укласти, що хуліганство, якщо воно супроводжувалося знищенням чи пошкодженням чужого майна, є кримінально-караним лише тоді, коли заподіяна шкода в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян. Проте таке вирішення питання не можна визнати обґрунтованим, як і взагалі передбачену ст. 194 КК умову кримінальної відповідальності за умисне знищення чи пошкодження чужого майна, яке належить загальним потерпілим. Не випадково, на ці «нюанси» майже не звертає уваги правозастосовча практика. Але з нашої точки зору ст.194 КК у цій частині повинна бути змінена і приведена у відповідність з положеннями статей 347, 347¹ та 352 КК. Щодо шкоди у великих та особливо великих розмірах, то цим поняттям слід повернути оціночний статус і розглядати як кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) обставини.

Прагнення законодавця усіяко позбавитися оціночних понять і замінити їх понят-

тями нормативними (яке ймовірно обумовлене й доволі низьким рівнем вітчизняного правозастосувача, який традиційно зазнає суттєвих труднощів під час застосування оціночних понять, й бажаннями збалансувати правозастосовчу практику) подекуди призводить і до порушення певних системних зв'язків між тими чи іншими кримінально-правовими приписами, зокрема між загальними та спеціальними нормами. Так, наприклад, норма, передбачена ст. 192 КК (заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою), є загальною щодо низки спеціальних норм, передбачених ст. 212 (на цю обставину звертав увагу у 1972 р. ще Пленум Верховного Суду СРСР, зазначаючи у своїй постанові «Про судову практику про розкрадання державного та громадського майна», що заподіяння державі майнової шкоди внаслідок ухилення від сплати податків або інших обов'язкових платежів має кваліфікуватися як заподіяння майнової шкоди, шляхом обману чи зловживання довірою), ст. 212², ст. 222 та ст. 188¹ (хоча в диспозиції цієї статті мова йде про викрадення води, електричної або теплової енергії, нічого спільного з викраденням таке діяння не має, оскільки посягає не на відносини власності, а на зобов'язальні відносини, як, до речі, і злочин, передбачений ст.192 КК, та не містить усіх необхідних ознак викрадення), які, підкоряючись правилам вирішення питань конкуренції кримінально-правових норм, отримують перед нею пріоритет [5, с. 118]. Кожна з цих спеціальних норм передбачає завдання значної шкоди як конститутивної ознаки (ч. 1 ст. 188¹, ч. 1 ст. 212, ч. 1 ст. 212¹) та завдання шкоди у великих (особливо великих) розмірах як ознаки кваліфікуючої (ч. 2 ст. 188¹, ч. 2 та ч. 3 ст. 212, ч. 2 та ч. 3 ст. 212², ч. 2 ст. 222). За такими ж принципами сконструйована і загальна норма (ч. 1 та ч. 2 ст. 192). Ці спеціальні норми є конкретними способами вчинення злочину, передбаченого ст. 192 КК, які законодавець виокремлює як самостійні діяння. І якщо б передбачені тут розміри шкоди носили оціночний характер, ніяких

проблем під час кваліфікації не виникло б, оскільки розмежування загальної і спеціальних норм здійснювалося б виключно на підставі способу вчинення злочину. Спеціальна норма тому і має пріоритет перед загальною, що найбільш точно описує кримінально-правову ситуацію, що виникла. Однак законодавець поняттю «розмір заподіяної шкоди» у всіх без винятку перелічених статтях надає нормативний статус. Зрозуміло, що ці поняття не можуть бути тотожними стосовно різних за характером діянь. Тому їх нормативне вираження теж є різним. Так, щодо ст. 192 шкода визнається значною, якщо вона у п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а у великих розмірах – у сто і більше. Водночас у межах ст. 188¹ законодавець встановлює інші критерії – шкода визнається значною, якщо вона у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а у великих розмірах – двісті п'ятдесят і більше. У кримінально-правовій літературі зазначається, що у разі, коли вчинене діяння одночасно підпадає під ознаки обох норм (ст. 192 і ст. 188¹), застосовуватися повинна спеціальна норма, тобто ст. 188¹ КК [6, с. 193]. З цією рекомендацією цілком можна погодитися, але тільки тоді, коли ознаки цих злочинів перетинаються, наприклад, викрадення електричної енергії шляхом її самовільного використання завдало шкоди у сто п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів. Вчинене одночасно підпадає під ч. 2 ст. 192 і ч. 1 ст. 188¹, якій і надається пріоритет. Але завдяки нормативному характеру шкоди ці ознаки можуть і не перетинатися, наприклад, у разі, коли викрадення води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання завдало шкоди у вісімдесят неоподатковуваних мінімумів. Чи може у такій ситуації застосовуватися ч. 1 ст. 192 КК? Напевно ні, тому що законодавець виокремлює такий спосіб заподіяння майнової шкоди у самостійний злочин, вважаючи його кримінально-караним тільки у тому разі, коли завдяки йому задається шкода, яка в сто і більше разів пере-

вищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Деякі автори зазначають, що способом вчинення злочину, передбаченого ст. 188¹ (у диспозиції цієї статті передбачено і будь-який інший спосіб), можуть бути обман, зловживання довірою та інше [6, с. 191]. Така думка не викликає заперечень, але суті питання не змінює – викрадення води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання не є злочином, якщо завдана цим діянням шкода не досягає ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Водночас самовільне використання з корисливою метою газу, який на відміну від ст. 103¹ КУпАП не є предметом ст. 188¹, що завдало шкоди у розмірі п'ятдесят і більше разів, може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 192 КК, оскільки такий спосіб завдання матеріальної шкоди законодавець у окремий злочин не виділив. Таким чином, бажаючи посилити кримінальну відповідальність за дії, передбачені ст. 188¹ КК (про що свідчать санкції цієї норми), законотворець шляхом нормативного визначення розміру заподіяної шкоди її фактично унеможливив до того моменту, поки розмір такої шкоди не сягне 88 100 грн. (станом на 2018 рік).

Водночас слід зазначити, що цілком можливими є і випадки, коли нормативно визначений розмір шкоди здатен необґрунтовано посилити кримінальну відповідальність. Так, наприклад, такий спосіб ухилення від сплати податків, як надання завідомо неправдивої інформації з метою одержання пільг щодо податків, виокремлений законодавцем у самостійний злочин, передбачений ст. 222 КК. Ця норма є спеціальною щодо ст. 212 КК, тому саме вона користується пріоритетом під час кваліфікації. Велику матеріальну шкоду, яка може бути завдана цим злочином КК пов'язує з розміром, який у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (згідно примітки до ст. 219 КК). За логікою речей, така конструкція повинна охоплювати будь-яку шкоду, яка завдається наданням завідомо неправдивої інформації з метою одержання пільг щодо податків. Але

законодавець під час визначення особливо великого розміру коштів у межах ухилення від сплати податків пов'язує його з сумою, яка у п'ять тисяч і більше разів перевищує зазначений мінімум, встановлюючи за ч. 3 ст. 212 покарання у виді штрафу від п'ятнадцяти до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна, що значно перевищує санкцію ч. 2 ст. 222 КК (штраф від трьох до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років). Це дає змогу деяким дослідникам наполягати на зворотному вирішенні правил конкуренції, пропонуючи кваліфікувати вчинене за ч. 3 ст. 212 і мотивуючи таке рішення тим, що вирішальне значення має не спосіб вчинення злочину, а тяжкість його наслідків [7, с. 345]. З такою позицією не можна погодитися, тому що саме спосіб вчинення злочину і є підставою для виокремлення його у самостійне діяння. Саме надання завідомо неправдивої інформації з метою одержання пільг щодо податків законодавець вважає найбільш небезпечним способом ухилення від сплати податків, навіть не пов'язуючи основний склад цього злочину з настанням якої-небудь шкоди (ч. 1 ст. 222), на відміну від загальної норми (ч.1 ст.212). Проте згодом саме ж і порушує запропонований підхід, встановлюючи на нормативному рівні особливо великий розмір ухилення від сплати податків і передбачаючи більш сувору санкцію у межах ч. 3 ст. 212 КК. Таке рішення взагалі позбавляє існування спеціальних норм якого-небудь сенсу, як, до речі, і позиція ПВСУ, який у п. 11 своєї постанови від 8 жовтня 2004 р. «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» зазначив, що якщо розмір несплачених податків у п'ять тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний

мінімум доходів громадян, дії винного мають кваліфікуватися за ч. 3 ст. 212 та ч. 1 ст. 222 КК (якщо пільги щодо податків одержані шляхом надання завідомо недостовірної інформації), не говорячи вже про те, що в останньому разі наявним є пряме порушення ст. 61 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності за одне і те саме правопорушення. Ідеальна сукупність, яку таким чином пропонує оцінити ПВСУ у такому разі є штучною, оскільки засновується виключно на нормативній диференціації завданої шкоди, що, поза сумнівів, необґрунтовано. Якщо уявити собі, що поняття розміру завданої шкоди у межах статей 212 та 222 КК є оціночним, проблем, про які йшлося вище, можна було б уникнути. Хоча загалом законотворчу практику, спрямовану на постійне зростання кількості спеціальних норм, слід визнати негативною.

Спостерігається певний «наступ» і на оціночний статус такого поняття, як малозначність діяння, хоча цього разу він ініціюється не законодавцем, а доктриною і судовою практикою.

В сучасній українській правовій системі судові прецеденти, як і раніше, не вважаються джерелом права. Проте у діючому законодавстві України спостерігається певна зміна ставлення до статусу судових рішень, де вони набувають нормативно обов'язкового характеру.

Так, згідно з ч. 4 ст. 263 ЦПК України при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду. Ч. 1 ст. 458. КПК встановлює обов'язковість судових рішень Верховного Суду України, висновки якого є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності відповідну норму права та для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із судовими рішеннями Верховного Суду України. Хоча суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верхов-

ного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів. Невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України є підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України (п. 3 ч. 1 ст. 445 КПК). Ще більш жорстка формула щодо обов'язковості врахування висновків Верховного Суду іншими судами міститься в ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 2 червня 2016 р. в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р.: «Висновки щодо застосування норми права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права». Обов'язковість судових рішень встановлює і нова редакція ст. 129¹ Конституції України. Саме обов'язковий характер судових тлумачень і розглядається подекуди як підстава для визнання їх судовими прецедентами. Так, наприклад, Г.В. Мадьярова зазначає, що у разі виникнення нормативної новизни під час тлумачення «оціночних норм» у роз'ясненнях Верховного Суду за умови їх обов'язковості відбувається перехід цієї діяльності зі сфери кримінальної правозастосовчої політики у сферу кримінальної нормотворчості. Відповідні правороз'яснювальні положення перетворюються на положення з питань розуміння кримінального закону, пов'язані з нормотворчим розвитком останнього [8, с. 154]. З нашої точки зору зазначені вище законодавчі кроки пов'язані не стільки зі створенням умов для подальшого конституювання судового прецеденту як повноцінного джерела права, скільки з підвищенням ролі судового тлумачення з боку Верховного Суду, необхідністю уніфікації судової практики та підвищенням статусу судової влади взагалі, оскільки не вирішують головного питання – чи може правозастосувач бути одночасно і творцем права. З огляду на чинну Конституцію України (ст. 6, п. 22 ч. 1 ст. 92) відповідь на це питання може бути тільки негативною. Однак, заперечуючи в цілому нормотворчий характер тлумачення оціночних понять з боку Верховного Суду, слід визнати, що воно, враховуючи

його обов'язковий характер, цілком здатне суттєво звузити сферу вільної оціночної діяльності порівняно з законом, що далеко не завжди обґрунтовано. Найбільш гостро ця проблема постає під час кримінально-правової оцінки посягань на власність. Згідно ст. 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення викрадення визнається дрібним, якщо воно вчинене шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрата і якщо вартість викраденого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує 0,2 неоподаткованого мінімуму (у цьому разі податкової соціальної пільги) доходів громадян. Станом на 2018 рік ця сума складає 176,2 грн.

Таким чином, якщо вартість викраденого майна не перевищує 176,2 грн., вчинене кваліфікується як адміністративне правопорушення, якщо перевищує – розцінюється як злочин, оскільки ані ч. 1 ст. 185 чи ч. 1 ст. 190, ані ч.1 ст. 191 КК України не встановлюють яких-небудь меж кримінальної відповідальності щодо вартості викраденого майна. Така ситуація формально дозволяє починати кримінальне провадження у будь-якому разі, якщо вартість викраденого майна перевищує 0,2 податкової соціальної пільги, навіть не розглядаючи вчинене діяння з точки зору його малозначності. Особливо це стосується випадків вчинення таких діянь особою, яка має судимість за аналогічний чи однорідний злочин. Судовій практиці відомі випадки засудження за ч. 2 ст. 185 КК (за ознакою повторності) осіб, які маючи судимість за крадіжку, таємно заволоділи шматком м'яса, батоном ковбаси, шматком сиру і навіть іграшкою, вартість яких перевищувала 0,2 податкової соціальної пільги. У вітчизняній кримінально-правовій літературі неодноразово пропонувалося дещо звузити поняття малозначності діяння шляхом виключення з нього складів злочинів, характер шкоди у яких є чітко фіксованим безпосередньо в законі, наприклад, він встановлюється через вказівку на певну кількість неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [9, с. 273; 10 с. 68]. Аналогічну правову позицію зайняла

і Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України, яка у своїй постанові від 24 грудня 2015 р. № 5-221 кс 15 зазначила, що якщо істотність шкоди знаходить своє чітке відображення у визначенні об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину, тобто характер шкоди є фіксованим і не може оцінюватися на розсуд правозастосувача (абсолютно визначені правові норми), застосування кримінально-правової норми про малозначність виключається [11]. Системне тлумачення статті 51 КУпАП і статті 185 КК, зазначається далі у цій постанові, свідчить про те, що викрадення чужого майна, вартість якого на момент вчинення правопорушення перевищує 0,2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян, становить предмет злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК. Таким чином, поняття такої кримінальної поведінки не є оціночним, воно формалізовано в законі, тобто визначено законодавцем за допомогою вартісних критеріїв [11].

Не дивлячись на те, що ця позиція має багатьох прихильників, з нашої точки зору, її обґрунтованість викликає певні сумніви.

По-перше, діючий КК України не пов'язує можливість застосування ч. 2 ст. 11 ані з виключно формальними складами злочинів (на чому теж доволі часто наполягають деякі автори), ані з матеріальними складами, характер шкоди в яких не є фіксованим; по-друге, сам підхід, пов'язаний з формалізацією шкоди, тобто певним витискуванням оціночних понять та заміною їх поняттями нормативними, який притаманний вітчизняному законодавцю особливо в останні роки, теж є далеко не бездоганним. Слід пригадати, чому саме законодавець у 2009 р. був змушений знизити «поріг» кримінальної відповідальності за крадіжку, шахрайство, розтрату та привласнення, зв'язавши їх з вартістю викраденого майна, яка перевищує 0,2 неоподаткованого мінімуму. Тому що передбачений раніше у ст. 51 КУпАП критерій дрібного викрадення – три неоподаткованих мінімуму доходів громадян (вартість викраденого майна з урахуванням наявної на той час

податкової соціальної пільги суттєво зросла) не дозволяв застосовувати норми кримінального законодавства навіть тоді, коли вчинене діяння за своїм характером було злочином. Так, наприклад, бабуся, яка проживала у сільській місцевості і у якої було викрадено десяток кур, два мішка зерна, декілька банок домашнього консервування та залишки пенсії у розмірі ста гривень не могла претендувати на захист своєї власності кримінально-правовими засобами, оскільки вартість викраденого явно поступалася розміру трьох неоподатковуваних мінімумів (податкових соціальних пільг) доходів громадян, наявність якої вимагав законодавець. Однак доволі важко знайти логіку і у запропонованому варіанті вирішення проблеми, оскільки неможливо пояснити, чому крадіжка чужого майна, вартість якого складає 165 грн. є адміністративним правопорушенням, а крадіжка чужого майна, вартість якого складає 175 грн. – злочином, особливо в умовах нестабільності економіки і зростання інфляційних ризиків. Обґрунтування наявності суспільної небезпеки в таких випадках стає просто неможливим. Як, до речі, і обґрунтування відсутності суспільної небезпеки у інших випадках, відомих сучасній правозастосовчій практиці, коли, наприклад, крадіжка вчиняється за попередньою змовою групою осіб з проникненням у приміщення, при цьому знищується або пошкоджується майно (вхідні двері, офісні меблі, сейф), але у підсумку з сейфу вилучається 150 грн. (мова йде про сільське відділення ощадбанку). Питання про замах на кримінально-карану крадіжку у такому разі теж виключається, оскільки винні діють, як правило, з прямим невизначеним (щодо вартості майна) умислом, як і питання про кримінальну відповідальність за умисне знищення або пошкодження чужого майна, де законодавець теж встановив «поріг» у двісті п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів громадян (п. 3 примітки до ст. 185, ч. 1 ст. 194 КК). Не випадково поняття видів розкрадання у кримінальному законодавстві радянських часів залишалось суто оціночним. Водночас визнання діяння

малозначним, тобто таким, що не становить суспільної небезпеки, не перешкоджає застосуванню ст. 51 КУпАП, оскільки суспільна небезпека, виходячи зі змісту ст.9 КУпАП, не є ознакою адміністративного правопорушення;

По-третє, встановлений в нормах кримінального законодавства «поріг» кримінальної відповідальності свідчить не про обов'язкову наявність суспільної небезпеки, а про формальну наявність у вчиненому діянні ознак складу злочину, передбаченого КК. До речі на цю обставину звертає увагу і Судова палата з кримінальних справ Верховного Суду України у згаданій постанові, у зв'язку з чим її позиція уявляється дещо суперечливою. Якщо істотність матеріальної шкоди визначена безпосередньо в кримінальному законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка має бути завдана при вчиненні відповідного злочину, то недосягнення цього рівня шкоди свідчить про відсутність у діях особи кримінальної протиправності, що унеможливує звернення до ч. 2 ст. 11 КК [11];

По-четверте, виключення з кола діянь, при вчиненні яких можуть бути застосовані положення ч. 2 ст. 11 КК складів злочинів, характер шкоди в яких є фіксованим, породжує доволі серйозні внутрішні протиріччя. Так, наприклад, неможливість застосування ч. 2 ст. 11 КК при вчиненні крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрати залишає відкритим питання про те, чому ці положення можуть бути застосовані під час скоєння грабежу (скажімо, відкритому викраденні на ринку банки штучної ікри вартістю 100 грн.), який, звісно, є більш небезпечною формою викрадення, але характер шкоди у цьому складі не є фіксованим.

Таким чином, вважаємо, що висновок про необхідність виключення можливості застосування кримінально-правової норми про малозначність під час скоєння злочинів, характер шкоди в яких є фіксованим є недостатньо обґрунтованим та не заснованим на законі. Не випадково сучасна правозастосовча практика обирає свій «шлях» під час оцінки

малозначних діянь, характер шкоди в яких є фіксованим, і наявною є ознака кримінальної протиправності, просто не реєструючи і не починаючи кримінальне провадження, наприклад, за ст. 185 КК, у разі, коли з автівки були викрадені «двірники», «ковпаки» та інші речі, вартість яких може сягати понад 1000 грн., хоча це і суперечить вимогам, викладеним у ч. 1 ст. 214 КПК України.

Висновки. Перебільшення можливостей того чи іншого праворозуміння у будь-якому разі може мати тільки негативні наслідки. Мабуть саме тому сучасна загальнотеоретична юриспруденція тяжіє до інтегративного праворозуміння, яке не механічно об'єднує суперечливі позиції, а синтезує теоретично значущі моменти, напрацьовані конкуруючими науковими теоріями [12, с. 71], коли ідея про моральну цінність права (теорія природного права), ідея про соціальні умови формування і функціонування права (соціологічна теорія), ідея про юридичні поняття і терміни (позитивізька теорія) зрощуються і актуалізуються законотворчістю [13, с. 838]. «Нам необхідно подолати помилку щодо виключно політичної і аналітичної юриспруденції (позитивізм) чи виключно філософської і моральної юриспруденції (теорія природного права), чи виключно історичної і соціоекономічної юриспруденції (історична школа і соціальна теорія права). Нам необхідна юриспруденція, яка інтегрує усі три традиційні школи і виходить за їх межі. Така єдина юриспруденція підкреслювала б, що у право треба вірити, інакше воно не буде працювати; а це включає в себе не тільки розум, а й почуття, інтуїцію, віру. Це потребує повного суспільного усвідомлення» – зазначає Г. Берман [14, с. 16–17]. Подібну точку зору підтримують й інші автори [15, с. 10–21]. Здається, що цілком позитивним кроком на шляху до побудови інтегративної кримінально-правової системи могло б виступити повернення деяким кримінально-правовим поняттям (малозначність діяння, види розкрадань, значна шкода тощо) їх оціночного статусу.

Анотація

У статті аналізується сучасна вітчизняна законодавча тенденція, пов'язана з повсюдним витискуванням оціночних кримінально-правових понять і заміною їх поняттями нормативними. Виявляються певні недоліки такого підходу та обґрунтовується його недоцільність. З метою надання предмету кримінально-правового регулювання необхідної гнучкості пропонується повернути або зберегти за деякими поняттями кримінального права їх традиційно оціночний статус.

Ключові слова: позитивізьке праворозуміння, оціночні поняття, нормативні поняття, «поріг» кримінальної відповідальності, значна шкода, шкода у великих розмірах, малозначність діяння.

Аннотация

В статье анализируется современная отечественная законодательная тенденция, связанная с повсеместным вытеснением оценочных уголовно-правовых понятий и заменой их понятиями нормативными. Выявляются определенные недостатки такого подхода и обосновывается его нецелесообразность. С целью придания предмету уголовно-правового регулирования необходимой гибкости предлагается вернуть или сберечь по некоторым понятиям уголовного права их традиционно оценочный статус.

Ключевые слова: позитивистское правопонимание, оценочные понятия, нормативные понятия, «порог» уголовной ответственности, значительный вред, вред в больших размерах, малозначительность деяния.

Chuhunikov I.I. Positivist Legal Understanding and Evaluative Concepts of Criminal Law Summary

Current legislative trend associated with the widespread replacement of the evaluative criminal law concepts and its replacement with the normative concepts have been analyzed in the article. Certain shortcomings of such approach are revealed and its inexpediency is justified. It is proposed to return or save the traditional evaluative status of some certain concepts of criminal law in order to provide the subject of criminal law regulation with the necessary flexibility.

Keywords: positivist legal understanding, evaluative concepts, normative concepts, “threshold” of criminal responsibility, significant harm, large amount of harm, insignificance of an act.

Список використаних джерел:

1. Радутний О.Е. Глобалізаційні процеси законотворчої діяльності та штучний інтелект (на прикладі Кримінального права). Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 25 травня 2018 року. Одеса: НУ «Одеська юридична академія», кафедра кримінального права, 2018. С. 159–164 (260 с.)
2. Ковалев М.И. Оптимальное соотношение формального и оценочного в уголовном законе. Сов. гос. и право. 1973. №1. С.68–74.
3. Фролов Е.А., Питецкий В.В. Гарантии законности и оценочные понятия в уголовном праве. Сов. гос и право. 1979. №6. С.87–91.
4. Панов Н.И. Оценочные понятия и их применение в уголовном праве. Вибрані праці з проблем правознавства; передм. В.П. Тихого. К.: Ін Юре, 2010. С. 219–229.
5. Ковальов С.І. Малозначність діяння та матеріальна шкода в кримінальному праві України: поняття та співвідношення. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. 2014. Вип. 34. С. 269–279

6. Кузнецов В., Кузнецова Л. Проблеми визначення малозначності діяння у правозастосуванні. Вісник Національної академії прокуратури України. 2016. № 2 (44). С.65–70.
7. Постанова Судової Палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 грудня 2015 р. № 5-221 КС 15. URL: [http://www/scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.ns1\(documents\)16](http://www/scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.ns1(documents)16)
8. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар; за заг.ред. В.Я. Тація. Х.: Право, 2010. 784 с.
9. Кваліфікація злочинів: навч.посіб. Г.М. Анісімов, О.О. Володіна, І.О. Зінченко та інші; за ред. М.І. Панова. Х.: Право, 2016. 356 с.
10. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар: Т. 2 Особлива частина; за заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те видання, допов. Х.: Право, 2013. 1040 с.
11. Мадьярова А.В. Роз'яснення Верховного Суду в механізмі уголовно-правового регулювання. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 405 с.
12. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова. О.: Феникс, 2011. 436 с.
13. Скакун О.Ф. Теория государства и права (Энциклопедический курс): Учебник. Х.: Элада, 2007. 840 с.
14. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман. М., 1998.
15. Козюбра М.І. Праворозуміння: поняття, типи та рівні. Право України. 2010. №4. С. 10–21.