

Вячеслав Навроцький, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, професор кафедри кримінального права та кримінології Львівського державного університету внутрішніх справ, професор кафедри теорії права та прав людини Українського католицького університету
(Львів, Україна, ORCID 0000-0002-4276-037X) navrotskyi.vo.@gmail.com

УДК 343.2; 343.3

НАСКРІЗНІ ТА ВІДОСОБЛЕНІ ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Аксіоматичним є визнання того, що єдність термінології є одним із вагомих критеріїв якості закону, запорукою правильної правозастосовної практики, загалом, передумовою забезпечення верховенства права та панування законності. Не викликає сумніву особливе значення забезпечення єдності термінології у кримінально-правовій сфері. Водночас, доводиться констатувати, що у цьому аспекті в чинному КК України, з одного боку, є багато вдалих рішень, з іншого боку - численні недолугості. По мірі внесення змін та доповнень до КК України, кількість порушення «термінологічної дисципліни» все більшає і більшає, законодавчі новели все частіше є виявами термінологічного хаосу. Тим самим породжуються не лише теоретичні дискусії, а й численні правозастосовні помилки, кримінальне право стає малозрозумілим як для пересічних громадян, так і для тих, хто його аналізує на професійному рівні.

Не випадково питання термінології неодноразово ставали предметом уваги в публікаціях українських вчених. Різні аспекти цієї проблеми висвітлювали П.П. Андрушко, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Л.П. Брич, С.Ф. Денисов, О.О. Дудоров, О.М. Костенко, А.А. Музика, М.І. Панов, Ю.А. Пономаренко, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк, П.Л. Фріс та інші українські криміналісти, серед яких і автор цих рядків. Чи не найбільших здобутків у цьому напрямку досягла З.А. Загинеї (Тростюк),

публікації якої стали помітним явищем у дослідженні термінологічних та понятійних проблем українського кримінального права¹.

Зусиллями українських дослідників досягнуто значних успіхів у теоретичній розробці термінологічних проблем. Зокрема, сформульовані вимоги до понятійного апарату кримінального закону, обґрунтовано значення матеріалів правозастосовної практики для встановлення змісту окремих понять, визначена роль законодавчих дефініцій для забезпечення з'ясування змісту кримінально-правових термінів, витлумачений зміст більшості понять кримінального права України (видані відповідні словники, тлумаченню кримінально-правових термінів присвячено один із томів видання «Велика українська юридична енциклопедія»), вказано на термінологічні неточності та невідповідності чинного КК та сформульовані пропозиції щодо їх усунення. Загально визнано, що однозначність, чіткість та стабільність термінології є запорукою єдності правозастосовної практики. По-суті одностайною є думка щодо необхідності введення до КК України «термінологічного» розділу, є істотні напрацювання щодо його змісту.

Разом із тим, законодавець стоїть осторонь вирішення термінологічних проблем. Чинний КК України, на відміну від більшості інших кодексів, не виділяє в окремий розділ статті, які б містили визначення понять, що неодноразово повторюються у диспозиціях статей про відповідальність за ті чи інші злочини. Існуючі дефінітивні норми (переважно вони поміщені у примітках до статей Особливої частини КК України) мають локальний характер – стосуються лише певних статей КК, до того ж інколи такі визначення прямо таки заховані у нетрях цього кодексу, оскільки поміщені в розділах, які регламентують відповідальність за інші групи злочинів (наприклад, примітки до ст.354 КК, переважно стосуються статей розділу XVII Особливої частини КК). У багатьох випадках для з'ясування змісту ключових кримінально-правових понять потрібно звертатися до інших нормативно-правих актів. Особливо термінологічна чехарда простежується у законодавчих новелах – складається враження,

¹ Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: монографія. К.:Атіка, 2003. - 144 с.; Загинеї З. Кримінально-правова герменевтика: монографія. К.: Видавничий дім «АртЕк», 2015. – 380 с.

що законодавець вважає себе зовсім не зв'язаним тими граматичними конструкціями, термінами, які використовувалися для позначення відповідних понять досі.

Чи варто окремо доводити, як все це впливає на стабільність та єдність практики, на досягнення принципу правової визначеності в сфері кримінального права? Разом із тим, саме на аспекти, які пов'язані зі співвідношенням позначених однаковими термінами понять сталих, які мають однаковий зміст щодо багатьох складів злочинів та девіантних, зміст яких відрізняється та які поширюються лише на окремі посягання, у літературі досі належна увага не зверталася. Саме це і обумовлює вибір теми цієї публікації. Її метою є аналіз того, чому в українському кримінальному праві виникає ситуація, за якої порушується вимога однаковості термінології, що є причиною такого явища та показ на реальних прикладах того, як до його існування прикладається законодавство, правозастосовна практика та теорія кримінального права України. Передбачається звернути увагу на негативні наслідки запровадження в кримінальне право останнім часом окремих понять, зміст яких відрізняється від усталених, на що, на жаль, досі не зверталася належної уваги. Вивчення проблеми має привести до формулювання конкретних пропозицій щодо забезпечення термінологічної єдності у кримінальному праві.

Вихідною тезою для вирішення вказаної проблеми є загальновизнане положення, згідно якого однакові терміни позначають однакові поняття. Іншими словами, якщо у різних статтях КК зустрічається один термін, то це означає, що в цих статтях містяться поняття, однакові за змістом. У більшості випадків це дійсно так. Аналіз чинного КК показує, що в ньому є чимало понять, які неодноразово повторюються у різних статтях, характеризують ознаки різних інститутів загальної частини кримінального законодавства та багатьох складів злочинів. Будучи позначені однаковими термінами, вони мають і однаковий зміст. Прикладами таких понять є «неповнолітній», «близькі родичі», «зброя», «напад» «систематичність» «користь» («корисливі мотиви») та десятки інших.

Такі поняття *пропонується називати наскрізними кримінально-правовими поняттями.* Наскрізний – звичайно розуміють як такий, що повністю охоплює якийсь предмет, явище, який зберігається на всьому протязі чого-небудь від початку до кінця,

значення якого не змінюється продовж усього тексту. Тому наскрізними поняттями слід вважати такі, які використовуються неодноразово і мають одне і те ж значення, які зберігають своє значення незалежно від того, щодо якого інституту чи норми кримінального права вони використовуються, ознаки якого складу злочину позначають.

Наскрізні кримінально-правові поняття виконують *різноманітні функції в кримінальному праві*. Вони, зокрема:

- підтверджують тяглість (наступність, послідовність, неперервність) законодавства, правозастосовної практики, теорії кримінального права;
- свідчать про стабільність правової системи;
- є показником якості законодавства;
- демонструють системність кримінального законодавства, є передумовою систематичного тлумачення кримінального закону;
- забезпечують правову визначеність у правозастосуванні;
- спрощують вивчення кримінального права.

Важливість і багатогранність наскрізних кримінально-правових понять (а характеристику їх значення можна продовжувати і урізноманітнювати (детальніше див.²).

Як неодноразово констатовалося в літературі та відзначалося вище, український законодавець, а слід за ним правозастосовна практика та й теорія кримінального права, далеко не завжди відчують та не виконують свій обов'язок забезпечувати правило, згідно якого однакові поняття позначають однаковими термінами. Насамперед виникає питання, як окреслити таку ситуацію – як назвати поняття, значення яких відрізняються від значення інших понять, позначених тотожними термінами.

На перший погляд, такі поняття могли би бути названі «автономними» - тобто такими, зміст яких встановлюється окремо і незалежно від встановлення змісту інших понять. Щось подібне має місце у практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ),

² Навроцький В.О. Наскрізні кримінально-правові поняття // 10 років чинності Кримінального кодексу України: Проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Харків, 13-14 жовтня 2011 р. X.: Право, 2011. – С.73-77]

який виробив концепцію автономних понять права. Однак, більш уважний аналіз показує неприйнятність і шкідливість такого підходу.

Адже ЄСПЛ вкладає в автономні поняття специфічний зміст та надає їм своєрідного значення. Концепція автономних понять – інструмент, який використовує ЄСПЛ для того, щоб забезпечити, з одного боку, реальний захист прав і свобод людини безвідносно від того, який зміст вкладає у них держава-відповідач та дозволяє відійти від формального розуміння певного терміну з позицій законодавства та правозастосовної практики окремої держави, а з іншого – зберегти положення Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від можливої неоднозначної інтерпретації її термінів або принципів у внутрішньому праві окремих держав – членів Ради Європи, не дозволити окремим державам давати такі тлумачення, які відповідають виключно інтересам держави і порушують цілі і завдання Конвенції про захист прав і основоположних свобод³. У літературі відзначається, що ЄСПЛ для того і запровадив автономну концепцію покарання, щоб формальні моменти не стали вирішальними, і щоб була можливість у кожній конкретній справі оцінити основну мету застосування певного заходу та характер впливу на особу, які можуть істотно відрізнятись, навіть, за зовнішньої подібності відповідних примусових заходів. Такий підхід є закономірним для практики ЄСПЛ, який намагається втілювати у своїх рішеннях принцип верховенства права, адже на сучасному етапі розвитку загальновідомим є факт, що верховенство права не зводиться до формальної законності⁴

Тобто, автономні поняття створюються практикою ЄСПЛ свідомо, вони відіграють позитивне значення, служать утвердженню верховенства права, не суперечать засадам правової визначеності. У той же час, *багатозначність (полісемія) термінів в українському кримінальному праві не відіграє жодної конструктивної ролі.* Вона відображає недбалість законодавця, його невміння використовувати багатство

³ Кротова І.Ю. Концепція автономного тлумачення у практиці Європейського суду з прав людини. // Право і суспільство. 2015. №4. Частина 3. – С.26; Христова Г.О. Проблеми взаємодії доктрини позитивних зобов'язань держави з іншими концепціями, виробленими ЄСПЛ, та її застосування на національному рівні // Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Матеріали 3-ї Міжнар. наук.-практ. конференції (м.Одеса, 19-20 вересня 2014). Одеса: Фенікс, 2014. – С. 135 (с. 1].

⁴ Хилюк С.В. «Злочин і кара» у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод // Часопис Академії адвокатури України. 2015. №4(29) – С.114-115.

словникового запасу української мови, врешті-решт свідчить про низьку кваліфікацію тих, кому волею долі довелося творити закони та небажання дослуховуватися до слухних порад.

Виходячи з викладеного, *такі поняття пропонується називати відособленими*, тобто такими, які виділяються своїм змістом від інших понять, позначених таким же терміном, та мають специфічне значення. Про існування відособлених понять можна говорити лише в контексті їх порівняння з наскрізними. Адже відособитися можна від чогось загального, того, що має більше поширення. Отже, для того, щоб з'явилося відособлене поняття, спершу повинно існувати поняття наскрізне.

Відособленими поняття можуть стати принаймні з трьох підстав: 1) внаслідок дій законодавця; 2) через позицію практики; 3) як результат теоретичних досліджень. Так чи інакше – це наслідок волюнтаризму та неналежного врахування значення відповідних наскрізних понять, що підтверджується аналізом конкретних прикладів далі.

Доволі очевидно, що найбільше прикладається до конструювання відособлених кримінально-правових понять законодавець. А вже вслід за ним такі поняття запроваджуються в науковий обіг, вживаються на практиці. Хоча це не виключає і того, що відособлені поняття, не будучи відображеними в КК, зароджуються у наукових публікаціях, поширюються у правозастосовних документах.

Прикладів маніпулювання українським законодавцем змістом термінів та понять, які ними відображаються, більш ніж досить. Згадаємо хоча б найбільш поширену ситуацію, яка стосується поняття неоподаткованого мінімуму доходів громадян. Відповідний термін згадується у статтях КК України понад триста разів, при цьому він вживається у різних значеннях щодо диспозицій статей Особливої частини та щодо санкцій і, станом на 2019 р., кратний, відповідно 960,5 та 17 грн.

Але найбільш одіозним є маніпулювання з термінами, які використовуються у статтях, що регламентують відповідальність за злочини у сфері службової діяльності. Це, перш за все, стосується поняття службової особи. Відмовившись від концепції так званого унітарного поняття службової особи (коли такою визнавалися особи, які виконували відповідні функції на будь-яких підприємствах, установах чи організаціях),

та, перейшовши до реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності так званих «публічних службових осіб» та «приватних службових осіб», законодавець не втілює свої задуми у відповідну термінологію. Через те у чинному КК України є поняття службової особи: а) загальне, яке охоплює службових осіб як «публічних», так і «приватних» б) «публічної»; в) службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Ці поняття доповнюються ще такими, як особа, яка надає публічні послуги (та ще й далеко не тотожного змісту щодо ст.365-2 та ст.368-4 КК України); особа, уповноважена на виконання функцій: в одному випадку – держави або місцевого самоврядування (ст.368-2 КК) а в іншому - лише держави (ст.369-2 КК), службова особа, яка є працівником правоохоронного органу (ст.365 КК). Видається, що така термінологічна і понятійна багатоголосиця хоча й не виступає вирішальною причиною фактичного безсилля держави у протидії корупції, службовим зловживанням, розкраданням, але вносить свою лепту у невирішення відповідних проблем.

Понад те, *ігнорування термінологічних та понятійних проблем часто приводить до результатів, протилежних тим, які ставилися при змінах законодавства.* Це наглядно показує ситуація зі спробою скасувати кримінальну відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, залишивши її лише для працівників правоохоронних органів. Це було здійснено законом України №746-VII від 21 лютого 2014 р., яким була викладена в новій редакції ст.365 КК. Однак, законодавець при цьому проігнорував, що зміни в диспозиції статті Особливої частини КК, які означали створення відособленого поняття перевищення влади або службових повноважень за рахунок нового описання суб'єкта злочину, ще не означає декриміналізації діянь інших видів суб'єктів. Адже перевищення влади або службових повноважень, вчинене службовими особами, які не відносяться до працівників правоохоронних органів, не перестало бути злочином. Наслідком вказаних змін у КК стало те, що відповідні дії службових осіб, які полягають у виході за межі наданих повноважень (вчинення дій поза компетенцією), стали охоплюватися ст. 364 КК, оскільки:

- у загальноновизнаному розумінні поняття «зловживання» охоплює собою будь-яку шкідливу, заборонену поведінку – яка полягає як в діях, що загалом дозволені (їх можна

вчиняти, вони перебувають у межах повноважень), але стають зловживанням з урахуванням цілей такої поведінки, так і в діях, що виходять за межі компетенції;

- у попередній редакції, яка діяла до набрання чинності Законом №46-VII від 21.02.2014, ст. 364 КК передбачала загальну норму, а ст. 365 КК – спеціальну. Тому зміни у спеціальній нормі – виключення з неї посягань, які полягали у перевищенні влади не представниками влади, означає, що вказані діяння стали охоплюватися загальною нормою, передбаченою ст. 364 КК;

- позиція, згідно з якою зміни у ст. 365 КК означали декриміналізацію перевищення влади усіма представниками влади та публічними службовими особами (крім працівників правоохоронних органів), є абсурдною. Адже перевищення влади чи службових повноважень є набагато тяжчим посяганням, ніж зловживання ними (про що свідчить співставлення санкцій ст. 364 та ст. 365 КК і в попередній, і в чинній редакціях). Немає жодних аргументів на користь того, що відповідальність за менш тяжке посягання збережена, а за більш тяжке – виключена;

- всі інші статті КК, які передбачають відповідальність за посягання, що вчиняються особами, які наділені спеціальними повноваженнями, охоплюють як дії в межах компетенції (на вчинення яких особа, загалом, уповноважена), так і з виходом за межі повноважень – які становлять собою їх перевищення (наприклад, ч. 3 ст.206, статті 210, 211, 219, 232-2, 371–375 КК). Не викликає сумніву, що і норма, передбачена ст. 364 КК, повинна тлумачитися на тих же засадах.

Не зайве сказати, що позиція, згідно якої зловживання владою або службовим становищем, допущене службовою особою, яка не є працівником правоохоронного органу, охоплює і дії, які полягають у виході за межі власної компетенції та становлять собою перевищення службових повноважень, охоплюється ст.364 КК, визнається правозастосовною практикою. Так, далеко непоодинокими є випадки засудження за ст.364 КК України сільських голів, які одноособово приймають рішення про виділення земельних ділянок, що є прерогативою колегіального органу – місцевої ради⁵.

⁵ Наприклад: Вирок Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 03.10.2017 р. у справі №357/5232/17.

Наведений приклад показує, що конструювання законодавцем відособлених понять може означати і набуття нового змісту наскрізним поняттям, хоча б це і не входило в цілі зміни закону, навіть суперечило таким цілям.

Непоодинокими є і ситуації, коли відособлені поняття формуються зусиллями правозастосовної практики. Переважно, це має місце коли практика намагається виправити недоліки чинного КК. Серед численних прикладів зупинимося на ситуації, обумовленій новим змістом, який було внесено у поняття «те саме діяння», «дії, передбачені частиною першою цієї статті», яке використовується у частинах другій (рідше – третій і наступних) статей Особливої частини КК України для вказівки на ознаки складу злочину. Традиційно вважалося, що у частині другій статті Особливої частини КК встановлена відповідальність за кваліфікований склад злочину, який включає в себе всі ознаки простого складу цього ж злочину, Тому термін «дія» («діяння») у цьому контексті вважався таким, який вказував не лише на акт поведінки, тілорух, що ним виконувалася об'єктивна сторона злочину, а як термін, що позначає посягання в цілому. Відповідно, склад злочину, диспозиція частини статті про який містила вказівку на «те саме діяння», включав як обов'язкові всі ознаки, названі у диспозиції попередньої частини – як власне дію або бездіяльність, так і спосіб, наслідки, спеціального суб'єкта тощо.

Таке розуміння поняття «те саме діяння», «дії, передбачені частиною першою цієї статті» щодо складу злочину, передбаченого частиною другою (чи наступною) статті Особливої частини КК обмежувало застосування норми про відповідний склад злочину, спонукало розуміти його як кваліфікований склад, який включає всі ознаки основного складу злочину.

Однак, у конкретних ситуаціях чи щодо певних статей КК виникає намагання не тлумачити вказане поняття як таке, що позначає лише акт поведінки, а до ознак складу злочину, передбаченого частиною другою не відносити усіх ознак, вказаних у частині першій статті КК. Не втримався від цієї спокуси і Верховний Суд, створивши відособлене поняття «дії...» щодо ст.365 КК. Велика палата цього суду сформулювала правову позицію, згідно якої ознакою складу злочину, передбаченого ч.2 ст.365 КК України не виступає завдання істотної шкоди відповідним правам та інтересам, бо ніби-

то при конструюванні складу злочину, передбаченого частиною другою статті 365 КК, наслідки, на які вказано в частині першій цієї статті, заміщуються іншою ознакою. Таку ознаку злочину становить спосіб перевищення влади чи службових повноважень – застосування насильства, погроза його застосування, застосування зброї чи спеціальних засобів, болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, дії⁶. В основі наведеної правової позиції лежить відзначена у цій постанові підвищена суспільна небезпека перевищення влади чи службових повноважень.

Однак, наведені аргументи не видаються переконливими. Видається, що Верховний Суд пішов неодноразово критикованим шляхом не тлумачення закону, а створення нової правової норми. Тобто, перебрав на себе невластиві йому законотворчі функції. Своєю правовою позицією Верховний Суд по-суті оголосив, що ст. 365 КК України ніби-то містить два простих складу злочинів – у ч.1 такий, який передбачає наявність наслідків у виді істотної шкоди, а у ч.2 – для якого достатньо лише вказаних у ній ознак.

Визнаючи існування істотних проблем з застосуванням ч.2 ст.365 КК України, не можна ігнорувати того, що вона має бути вирішена шляхом зміни законодавства, а не довільного створення відособленого поняття. Врешті-решт, Верховному Суду як паліатив пропонувалося інше рішення – визнати, що перевищення влади або службових повноважень, вчинене за ознак, вказаних у ч.2 ст.365 КК, завжди і неодмінно пов'язане з заподіянням моральної шкоди потерпілому, причому істотної та такої, що піддається грошовій оцінці. Також пропонувалося, щоб Верховний Суд орієнтував на те, що розмір такої шкоди перевищує 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, тобто, вона має визнаватися істотною. Відтак, буде підстава констатувати наявність суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки складу аналізованого злочину, та застосовувати ч.2 ст.365 КК. Проте Верховний Суд до цієї пропозиції до дослухався, і, як видається, потрапив у пастку. Адже, щоб бути послідовним, він повинен дотримуватися аналогічного тлумачення поняття «дії, передбачені частиною першою», «ті самі дії» і щодо інших статей Особливої частини КК, де використовуються вказані

⁶ Постанова Великої палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к (провадження № 13-57кє18)], п.18.

конструкції (що, нерідко, прямо абсурдно). Або ж, відмовитися від тлумачення, висунутого щодо ч.2 ст.365 КК України.

Нарешті, свій внесок в утворення наскрізних понять робить і кримінально-правова теорія. Зазвичай, це є наслідком некритичного сприйняття зарубіжного досвіду, неадекватного перекладу термінів, які використовуються в інших мовах, привнесення в кримінальне право термінології з інших галузей знань, а то й просто намагання бути оригінальними, коли за наукову новизну видають нові назви давно відомих речей. Але чи не в усіх випадках це є наслідком ігнорування того термінологічного апарату, який вже склався та системних зв'язків, які існують в кримінальному праві. Чи не найбільш яскравий приклад – це спотворення значення класичного кримінально-правового поняття «наси́льство». Споконвіку відповідний термін позначав фізичний вплив на організм іншої людини. Не даремно ще в Древньому Римі говорили, що злочин – це те, що вчиняється шляхом або насильства, або погрози, або обману. При цьому насильство ставилося на перше місце та відокремлювалося (навіть протиставлялося) іншим способам вчинення злочинів.

Вказівка на насильство у КК здійснюється різноманітно. Переважно, про вид насильства не вказується, в одному випадку (ст.180 КК України) йде мова про «психічне» насильство, у назві ст.126-1 КК йдеться вже про «домашнє» насильство, у диспозиції ч.1 цієї ж статті про «фізичне, психологічне або економічне насильство», у п.10 ст.115 та ст.153 згадується «сексуальне» насильство. Таким чином, поряд із наскрізним поняттям насильства, використовуються і відособлені види цього поняття. Особливо гостро стоїть питання про прийнятність поділу поняття насильства на фізичне та психічне.

Під останнім звичайно розуміють погрозу як вплив на психіку особи. Відповідно, коментуючи окремі статті Особливої частини КК, де передбачено застосування насильства, автори відзначають, що під ним слід розуміти як фізичний, так і психічний протиправний вплив на іншу особу. Вказаний підхід відображений і в деяких постановках Верховного Суду України.

Однак більш вагомими видаються аргументи на користь позиції, згідно якої до насильства слід відносити лише фізичний вплив на організм іншої особи. Психічний же

вплив потрібно вважати ознакою складу злочину лише тоді, коли у диспозиції відповідної статті є пряма на це вказівка. Про правильність саме цієї точки зору свідчать такі аргументи:

- відповідно до семантичного значення слова насильство це: 1. Застосування фізичної сили до кого-небудь; 2. Застосування сили для досягнення чого-небудь; примусовий вплив на когось, щось⁷. Отже, граматичний аналіз не дає жодних підстав ототожнювати насильство, як застосування сили, фізичний вплив щодо іншої особи і вплив на її психіку;

- фізичний і психічний примус у кримінальному праві підлягає суворому розмежуванню, його застосування тягне різні правові наслідки. Підтвердженням цього є положення, закріплені в ст.40 КК. В повній мірі це стосується і Особливої частини КК;

- у тих випадках, коли законодавець вважає за потрібне криміналізувати психічний вплив, він прямо вказує на це у диспозиціях статей Особливої частини КК, використовуючи термін «погроза»;

- в КК поняття насильства і погрози не лише не ототожнюються, а навпаки, протиставляються. У диспозиціях десятків статей Особливої частини погроза як ознака складу злочину вказується альтернативно до насильства;

- у тих же випадках, коли законодавець не вважає за потрібне встановлювати чи посилювати відповідальність за погрозу, він не використовує відповідного терміну в статтях КК (див. напр. ч.1 ст. 300, ст.340 КК). Тому тлумачення, згідно якого поняття насильства розширюється і в нього включається і погроза, є нічим іншим, як поширювальним – недопустимим у кримінальному праві, оскільки його застосування суперечить приписам ч.3 ст.3 КК, є передумовою до забороненої при застосуванні кримінального закону аналогії;

- використання в КК термінів «фізичне насильство», «психічне насильство» та інші нові види насильства є нетиповим і ніяк не підтверджує думку про те, що поняття насильства (без його конкретизації) охоплює і фізичний вплив і погрозу. По-перше, такі терміни застосовуються вкрай рідко, по-друге, їх використання не відображає жодної

⁷ Великий тлумачний словник української мови / Уклад. і голов.ред. В.Т. Бусел. К., Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. – С.579.

закономірності і не піддається раціональному поясненню, по-третє, те, що в деяких випадках законодавець без жодної на те потреби пробує конкретизувати вид насильства свідчить лише про недосконалість чинного КК в цій частині. Недоліки ж закону, його окремі нетипові формулювання не можуть служити аргументом на користь тієї чи іншої позиції, тим більше, коли є достатньо протилежних аргументів.

Якщо ж дійсно потрібно запровадити нові поняття, то потрібно для їх позначення використовувати нові терміни, а не намагатися надавати іншого значення давно відомим та усталеним. Очевидно, у відповідних випадках слід вести мову не про насильство, а про погрозу чи вплив, примус чи інші дії майнового, сексуального чи тому подібного характеру.

Загалом же можна констатувати, що існування відособлених кримінально-правових понять є лихом для кримінального права. Воно спотворює зміст кримінально-правових приписів, веде, переважно, до фактичної криміналізації в обхід букви закону чи його дійсного змісту. Тому потрібно шукати способи та прийоми як уникати появи відособлених та, водночас, забезпечити гегемонію наскрізних кримінально-правових понять.

Відзначене значення наскрізних кримінально-правових понять, недостатня увага до їх законодавчої регламентації та тлумачення потребує цілого ряду нових підходів як у правотворчості, так і правозастосуванні, в теоретичному дослідженні кримінально-правових проблем. Без їх використання розвиток кримінального законодавства буде й надалі продовжуватися екстенсивним шляхом, його суперечності будуть наростати. Тому пропонується:

- з'ясувати, з яких слів зараз складається текст чинного КК України (включаючи як терміни, так і «службові» слова) та скласти їх вичерпний перелік. Очевидно, це можна зробити шляхом використання відповідної комп'ютерної програми;

- уніфікувати слОвник, максимально обмеживши кількість слів та зворотів, використаних у КК. Ця робота може бути предметом дисертаційних досліджень, очевидно не лише юристів, а й філологів;

- домагатися, щоб у ході поточної правотворчості законодавець обмежувався рекомендованим словником. Те ж саме рекомендувати авторам законопроектів. Вихід за

межі словника – доповнення його новими словами, зворотами – вважати можливим за умови детального обґрунтування такої потреби. Навряд чи можливе прийняття відповідного нормативного акта, але рекомендації професійної спільноти у державі, яка прагне стати правовою могли б відіграти належну роль;

- врешті-решт подолати стереотипи, які перешкоджають створенню «термінологічного» розділу КК та доповнити ним чинний закон;

- змінювати підходи до викладання кримінального права, яке досі побудоване на коментуванні закону та акцентувати увагу на наскрізних поняттях;

- теоретичне дослідження наскрізних понять (а не «обжовування» статей чинного КК) вважати перспективними напрямками наукових розробок у сфері кримінального права.

Навроцький В. НАСКРІЗНІ ТА ВІДОСОБЛЕНІ ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Анотація. Єдність термінології є одним із вагомих критеріїв якості закону, запорукою правильної правозастосовної практики, передумовою забезпечення верховенства права та панування законності. У цьому аспекті в чинному КК України, з одного боку, є багато вдалих рішень, коли дотримується правило, згідно якого одним терміном позначаються однакові поняття (і такі поняття та терміни пропонуються називати наскрізними), а, з іншого боку, численні недолугості, коли це правило не дотримується та однаковими термінами позначаються різні за змістом та обсягом поняття (які пропонуються називати відособленими).

Тому злободенним є аналіз того, чому в українському кримінальному праві виникає ситуація, за якої порушується вимога однотайності термінології, що є причиною такого явища та показ на реальних прикладах того, як до його існування прикладається законодавство, правозастосовна практика та теорія кримінального права України. Вивчення проблеми має привести до формулювання конкретних пропозицій щодо забезпечення термінологічної єдності у кримінальному праві.

Відзначається позитивна роль наскрізних кримінально-правових понять та вказується на їх функції у кримінальному праві. Такі поняття, зокрема, підтверджують тяглість (наступність, послідовність, неперервність) законодавства, правозастосовної практики, теорії кримінального права; свідчать про стабільність правової системи; є показником якості законодавства; демонструють системність кримінального законодавства, є передумовою систематичне тлумачення кримінального закону; забезпечують правову визначеності у правозастосуванні; спрощують вивчення кримінального права.

Констатується недолугість ситуації, коли правило, згідно якого однакові поняття позначають однаковими термінами, не дотримується та виникають відособлені кримінально-правові поняття. Вказується на її відмінність від тієї, яка виникає при формуванні так званих автономних понять у практиці ЄСПЛ. Звертається увага на те, що проіснування відособлених понять можна говорити лише в контексті їх порівняння з наскрізними.

Зроблено виновок, що відособленими поняття можуть стати принаймні з трьох підстав: 1) внаслідок дій законодавця; 2) через позицію практики; 3) як результат теоретичних досліджень. Так чи інакше – це наслідок волюнтаризму та неналежного врахування значення відповідних наскрізних понять, що підтверджується аналізом конкретних прикладів.

Сформульовані пропозиції, спрямовані на недопущення появи відособлених понять у кримінальному праві України, зокрема, шляхом створення словника, лише з використанням якого мають формуватися статті кримінального закону.

Ключові слова: кримінальне право, термінологія, понятійний апарат, наскрізний, відособлений