

Кваша О.О.

*провідний науковий
співробітник відділу проблем
кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН
України, доктор юридичних
наук, професор*

Kvasha O.O.

*leading researcher of the
Department of Criminal Law,
Criminology and Judiciary of
the Institute of State and Law
named after V.M. Koretsky
NAS of Ukraine, Doctor of
Law, Professor*

СУСПІЛЬНА НЕБЕЗПЕЧНІСТЬ ЯК ОЗНАКА ЗЛОЧИНУ: БУТИ ЧИ НЕ БУТИ У НОВОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Україна у 2019 році знаходиться в процесі чергового реформування кримінального законодавства. Відповідно актуалізується і проблема чіткого розмежування злочинної і незлочинної поведінки, що є обов'язковою умовою дотримання в державі прав людини. Тим більше в останні роки загострилася проблема непритягнення до кримінальної відповідальності осіб, які заподіяли шкоду життю і здоров'ю осіб під час реалізації природного та закріпленого в Конституції України права на самозахист життя і здоров'я. Адже сучасна Україна за умови військового протистояння зовнішній агресії, окупації окремих територій Донецької та Луганської областей сприяють виникненню ситуацій, коли громадяни власними силами змушені забезпечувати власну безпеку. Слід погодитись, що «безпека є благом, одвічною природною потребою, умовою для життєдіяльності людини, найнеобхіднішою із потреб людини...[1]. При цьому актуалізується проблема суспільної небезпечності діяння як ознаки злочину та, відповідно, її наявності/відсутності у ситуації заподіяння шкоди за обставин, що виключають злочинність діяння.

Вирішення цієї проблеми можливе на основі двох підходів: з позицій природного права (духу закону) і позитивізму (букви закону). Послідовний прибічник ідей природного права проф. О.М. Костенко так характеризує ці концепції: ««позитивізм» породжується неправильним вирішенням «основного питання юриспруденції», яке формулюється таким чином: «що є першоджерелом права – «буква» закону чи його «дух»?»... сьогодні в Україні (поки що!) перемагає позитивістська правова ідеологія, згідно з якою «буква» визнається першоджерелом права. За допомо-

гою «букви» закону, відірваної від його «духу», можна, позитивістські тлумачачи текст закону, маніпулювати цим законом як завгодно... І все це матиме видимість «буквеної», тобто формальної, законності» [2].

Проф. Ю.В. Баулін, який найбільш ґрунтовно дослідив необхідну оборону та інші обставини, що виключають злочинність діяння, наголошує, що єдність суспільної небезпеки і кримінальної протиправності – необхідне співвідношення змісту і форми, де суспільна небезпечність як матеріальна ознака відображає соціально-політичний зміст злочинного діяння, а кримінальна протиправність (формальна ознака) – його юридичну форму [3]. На думку М.І. Панова, ця ознака відображає найбільшу суттєву властивість злочину, розкриває соціальний зміст і суспільну значущість (якість) останнього, вказує на притаманні йому природні негативні властивості і тому кладеться в основу криміналізації і пеналізації діянь, складає підґрунтя підстави класифікації злочинів на категорії залежно від їх тяжкості [4] (курсив мій – О.К.). Видається, що застосоване вченим поняття «природні негативні властивості» доволі точно відображає матеріальний зміст поняття злочину. Водночас природне не може бути негативним, руйнувати саме себе. Можливо, більш доречним у цьому контексті, є розуміння злочину як протиприродного явища. Відповідно суспільна небезпечність втілює найбільшу суттєву властивість злочину – його протиприродний характер. Отже, процес криміналізації, тобто визнання діяння злочином шляхом закріплення його у кримінальному законі, відбувається лише за умови наявності такої протиприродної властивості діяння як суспільна небезпечність.

Під час здійснення сучасних наукових розвідок окремі вчені все ж наполягають, що «в результаті вчинення діяння за обставин, що виключають його злочинність, заподіюється істотна шкода об'єкту кримінально-правової охорони. У такому діянні наявною є об'єктивна суспільна небезпека, але не суспільна небезпека як ознака поняття злочину, наявність якої унеможливується відсутністю кримінальної протиправності» [5]. Категорично не погоджуюсь із такою думкою. Не існує і не може існувати обґрунтованих підстав для визнання необхідної оборони як дії суспільно небезпечної. В основі соціальної функції кримінального закону лежить охорона суспільно схвалюваної поведінки людей, але в жодному разі – не суспільно небезпечної. Правий проф. Ю.В. Баулін у тому, що соціальний зміст злочину КК визначає через категорію суспільної небезпеки. Отже, аналізовані вчинки як незлочинні не є суспільно небезпечними [6]. Будь-яке діяння з точки зору кримінального права або є небезпечним для суспільства, або ні. Тому не підтримую пропонувані

зміни до КК України у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих «категорій кримінальних правопорушень», прийнятий 22.11.2018 (має набути чинності 01.01.2020). У законі запропоновано зміни до ККУ: «у статті 1: у частині першій слова «злочинних посягань», «злочинам» замінити відповідно словами «кримінально протиправних посягань», «кримінальним правопорушенням»; у частині другій слово «злочинами» замінити словами «кримінальними правопорушеннями»; у статті 2: у частинах першій та другій слово «злочин» в усіх відмінках замінити словами «кримінальне правопорушення» у відповідному відмінку; у частині третій слова «той самий злочин» замінити словами «те саме кримінальне правопорушення»; у частині третій статті 3 слово «Злочинність» замінити словами «Кримінальна протиправність»; у статті 4: у частині другій слово «злочинність» замінити словами «кримінальна протиправність»; у частині третій слово «злочину» замінити словами «кримінального правопорушення»; у статті 5 слово «злочинність» замінити словами «кримінальну протиправність». Очевидно, що термін «злочинний» для законодавця є рівнозначним «кримінальній протиправності», що не можна вважати виправданим. Суспільна небезпечність існує незалежно від кримінальної протиправності діяння, вона є водночас і фактором криміналізації і обставиною, що зумовлює необхідність існування кримінально-правової заборони після криміналізації [7].

Погоджуюсь із позицією, втіленою у Постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 листопада 2014 року у справі № 5-31кс14 (рішення про правильний висновок суду щодо неправомірності заподіяння шкоди особам, які перебувають у стані необхідної оборони): «Протиправність у кримінально-правовому розумінні є однією з ознак злочину поряд із суспільною небезпечністю, караністю, винністю і суб'єктом. Протиправність розуміється як юридичне втілення суспільної небезпечності» [8].

М.Р. Рудковська відзначає, що суспільно небезпечним є лише те, що законодавчо оцінено таким і юридично закріплено у вигляді протиправності [9]. Законодавча оцінка суспільно небезпечних діянь має своє визначення в юридичній науці як «криміналізація діяння». Тобто ознака об'єктивної суспільної небезпеки діяння перевтілюється в ознаку протиправності. Однією із обставин, які майже всіма вченими визнаються необхідними і достатніми для криміналізації певних діянь, є суспільна небезпека поведінки, яка потребує кримінально-правової заборони. На думку українських вчених, фактично суспільна небезпечність не зале-

жить від позиції законодавця. Це є об'єктивна характеристика, притаманна відповідній поведінці, скерованій на відповідні суспільні відносини; означає об'єктивну шкідливість діяння [10].

Так, сучасні науковці під час своїх досліджень на різні кримінально-правові проблеми приділяють значну увагу суспільній небезпечності. Наприклад, обстановки вчинення злочину визначають як систему взаємодіючих умов, що відображають багатогранність навколишнього світу, в яких вчиняється злочин, впливають на характер та ступінь суспільної небезпеки злочину, а також ступінь суспільної небезпеки особи, яка його вчинила, і тому є обставинами, що диференціюють та індивідуалізують кримінальну відповідальність [11] (курсив мій. – О.К.). Для констатації наявності обставини, що виключає злочинність діяння, відсутність суспільної небезпеки є конститутивною умовою. Вчені пропонують таку новелу «Стаття 36. Правові підстави виключення злочинності діяння», де у частині 2 закріпити положення «2. Суд може визнати обставинами, що виключають злочинність діяння, й не передбачені у цьому Кодексі зовні подібні до злочину діяння, які не є суспільно небезпечними» [12].

Тому скептично ставлюсь до ідеї формулювання у новому КК України визначення поняття злочину як протиправного діяння/заборонено КК, без закріплення причини такої заборони. При такому підході поняття злочину у КК України стане формалізованим і беззмістовним. Більше того, такий позитивістський підхід зніме вкрай необхідний запобіжник для необгрунтованої, свавільної чи надмірної криміналізації діянь тим чи іншим складом Верховної Ради України. Тим більше за умов українських реалій, коли Кримінальний кодекс використовується як інструмент зловживань чи з міркувань політичної доцільності. Зокрема, це стосується застосування як норми про необхідну оборону, так і загалом інституту обставин, що виключають злочинність діяння, оскільки він містить норми, що розмежовують правомірну поведінку, за певними ознаками подібну до злочинної, від злочинної за змістом.

Отже, суспільна небезпечність відображає протиприродний характер злочину як явища об'єктивної дійсності. Під час чергового реформування кримінального закону у визначенні поняття злочину не слід відмовлятися від змістовного закріплення цієї матеріальної ознаки злочину. Дискутуватися має лише формулювання – чи то суспільна небезпека, чи здатність заподіювати істотну шкоду тощо.

1. Тихий В.П. *Безпека людини та її кримінально-правове значення. Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування : матеріали між нар. на-*

- ук.-практ. конф., / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред) та ін. (Харків, 12-13 жовт. 2016 р.). Харків. 2016. С. 217-218.
2. Костенко О. М. Щодо зловживань кримінальним законодавством (критика позитивізму в кримінальній юстиції). *Юридичний вісник України*. 2012. № 52. С. 8–9.
 3. Баулин Ю. В. *Обстоятельства, исключают преступность деяния* Харьков: Основа, 1991. С. 11.
 4. Панов М. Удосконалення кримінального законодавства і принципи кримінального права як його фундаментальні засади. *Юридичний вісник України*. № 9-10 (1078-1079). 4-17 березня 2016. С. 8-9.
 5. Рудковська М. Р. Суспільна небезпека як ознака поняття злочину: дис.. ...канд.. юрид. наук. Львів, 2017. С. 111.
 6. *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., переобл. і допов. Х.: Право, 2015. С. 291.
 7. Гацелюк В.О. Теоретичні аспекти забезпечення правопорядку через криміналізацію та декриміналізацію суспільно небезпечних діянь. *Забезпечення правопорядку в Україні засобами кримінальної юстиції: монограф.* / кол. авт. К.: Національна академія прокуратури України, 2017. Розд. 2. С. 61.
 8. *Правові висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права (2011–2017 роки)*. (уклад. О.П. Горох); За заг. Ред. А.А. Музики. К.: «Центр учбової літератури», 2018. С. 157
 9. Рудковська М. Р. Суспільна небезпека як ознака поняття злочину: дис.. ...канд.. юрид. наук. Львів, 2017. С. 89.
 10. Фріс П. Л. *Кримінальне право України. Загальна частина* : [підручник для студ. вищ. навч. закладів] / Фріс П. Л. – К. : Атіка, 2004. – С.40; *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* / За ред.. М. І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ: Дакор, 2018. С.49; Фріс П.Л. Соціально-психологічні підстави криміналізації суспільно небезпечних діянь. *Вибрані праці*. Ів.-Фр.: Фоліант, 2014. С. 2.
 11. Маслова О.О. *Кримінально-правова характеристика обстановки вчинення злочину: дис.... канд.. юрид. наук.* Харків, 2019. С. 2.
 12. Михальченко Н.М. *Згода потерпілого у кримінальному праві України: дис....канд.. юрид. наук.* Київ, 2019. С. 182.

Кваша О.О. Суспільна небезпечність як ознака злочину: бути чи не бути у новому кримінальному законодавстві

Україна у 2019 році знаходиться в процесі чергового реформування кримінального законодавства. Відповідно актуалізується і проблема чіткого розмежування злочинної і незлочинної поведінки, що є обов'язковою умовою дотримання в державі прав людини. Тим більше в останні роки загострилася проблема непритягнення до кримінальної відповідальності осіб, які заподіяли шкоду життю і здоров'ю осіб під час реалізації природного та закріпленого в Конституції України права на самозахист життя і здоров'я. Адже сучасна Україна за умови військового протистояння зовнішній агресії, окупації окремих територій Донецької та Луганської областей сприяють виникненню ситуацій, коли громадяни власними силами змушені забезпечувати власну безпеку.

Суспільна небезпечність відображає протиприродний характер злочину як явища об'єктивної дійсності. Під час чергового реформування кримінального закону у визначенні поняття злочину не слід відмовлятися від змістовного закріплення цієї матеріальної ознаки злочину. Дискутуватися має лише формулювання – чи то суспільна небезпека, чи здатність заподіювати істотну шкоду тощо.

Ключові слова: суспільна небезпечність, ознаки злочину, реформування кримінального законодавства

Kvasha O.O. Public danger as a sign of a crime: to be or not to be in the new criminal law

In 2019, Ukraine is in the process of another reform of criminal law. Accordingly, the problem of a clear distinction between criminal and non-criminal behavior is relevant, which is a prerequisite for the observance of human rights in the state. Moreover, in recent years the problem of non-prosecution of persons who caused harm to the life and health of persons during the exercise of the natural and enshrined in the Constitution of Ukraine right to self-defense of life and health has become more acute. After all, modern Ukraine, in the face of military resistance to external aggression, the occupation of certain territories of Donetsk and Luhansk regions contribute to the emergence of situations where citizens are forced to ensure their own security.

Public danger reflects the unnatural nature of the crime as a phenomenon of objective reality. During the next reform of the criminal law in the definition of the concept of crime should not be abandoned from the substantive consolidation of this material feature of the crime. Only the wording should be discussed - whether it is a public danger, or the ability to cause significant harm, and so on.

Keywords: public danger, signs of a crime, reform of criminal legislation.