

*Бойченко В. П.,**асистент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

МОРАЛЬНЕ І ЗЛОЧИННЕ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Анотація. У статті показано, що антропологічний вимір сучасного розуміння злочину від сучасних дослідників пропагує зосередження не тільки на проблематиці догматичного аналізу кримінальної заборони, чи аксіологічної оцінки існування та буття норми (моральна адекватність), але й інтегративного динамічного аналізу сутності та буття норми в загалом як самоорганізованого правового явища. З'ясовано, що моральні заборони кореспондують із поширеністю дисциплінарних практик лише частково. Тільки відповідність кримінально-правової заборони оцінці такої заборони у населення робить закон ефективним, в іншому разі справа йде про конфлікт між моральними оцінками і правом.

Ключові слова: антропологія злочину, злочини проти моральності, інтегративний підхід, моральність, злочин.

Співвідношенню «морального» і «злочинного» в теорії права та кримінального права приділяється неабияка увага.

Дослідження кримінально-правової охорони моральності як соціально та історично детермінованого явища антропогенезу є складним процесом щодо вивчення соціальних передумов криміналізації злочинів проти моральності, особливостей формування сучасної концепції кримінально-правової охорони та перспектив удосконалення відповідних норм. Наявність численних наукових позицій, які іноді є протилежними з приводу окремих дискусійних питань щодо регламентації кримінально-правової охорони моральності в часи культурного релятивізму, вказує як на актуальність проблематики, так і на значні ускладнення у процесі кваліфікації злочинів, які посягають на відповідні об'єкти.

Проте, формування методологічного плюралізму у теорії права надає нові шанси для кримінальної політики загалом. У цьому сенсі велике значення мають роботи філософів-антропологів та правознавців Б.Г. Ананьєва, Н.М. Амосова, В.В. Завальнюка, С.А. Гудимова, А.А. Козловського, К.Н. Любутіна, С.І. Максимова, Б.В. Маркова, Ю.М. Оборотова, В.Т. Пуляєва, П.М. Рабіновича, В.В. Шаронова, Т.В. Холостова та ін. Загальна проблематика моральності як об'єкта кримінально-правової охорони досліджувалася в працях таких учених, як: Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.О. Владіміров, П.І. Гришаєв, П.Ф. Гришанин, І.М. Даньшин, В.Т. Дзюба, С.Ф. Денисов, О.С. Капінус, І.Я. Козаченко, В.С. Комісаров, О.І. Коробєєв, О.В. Куделіч, В.В. Кузнецов, В.М. Куц, І.П. Лановенко, В.А. Ломако, Г.І. Піщенко, Ю.Є. Пудовочкін, П.П. Сердюк, М.І. Трофімов, А.П. Тузов, В.І. Тютюгін, А.Є. Шалагін, С.С. Яценко та ін. Відомо, що відносна неефективність кримінально-правової науки сьогодення пов'язана також і з вадами методологічного інструментарію позитивного права. На жаль, саме цим обумовлюється відсутність у сучасній кримінальній доктрині України досліджень ефективності кримінально-правового впливу, бо неможливо прорахувати соціальні процеси, керуючись лише юридико-догматичними методами пізнання.

З точки зору теорії криміналізації можливо це пов'язане із пануванням класичної методології позитивно-правових дослі-

джень. Однією з основних проблем філософії кримінального права сьогодні є не стільки проблема покарання, його обсягу та мети, скільки проблема заборони діяння КК, межа кримінальної протиправності, фактично – координат меж кримінального правопорушення. Моральна та когнитивна адекватність правової заборони стає трендом. На підтвердження цієї позиції можна навести висловлювання А.В. Наумова: «кримінальна заборона покладає на громадян обов'язок утриматись від вчинення злочину, і тому покликана регулювати поведінку людей в суспільстві» [1; 7].

У дослідженні проблем злочину с моральних позицій правової антропології добре зарекомендував себе аксіологічний підхід. Основним поняттям аксіології є поняття цінності. До категорії цінностей у контексті розвитку процесуальної та системної складової належать як їх складові та продукти їх інтеграції: певні одиниці, а також комплекси, що утворюються в процесі синтезу інформації, знань, когнитивної переробки (інтеріорізації) інформації та/або відповідних норм і правил. До останніх слід відносити і одиничні дані (вербальні, невербальні знаки та символи) або їх сукупності (мова, твори, знання, релігія, досвід, традиції тощо), і їх носії (книги, електронні та будь-які інші носії, зокрема досвід і свідомість, електронні ЗМІ, соціальні мережі, інформаційний простір та суспільство). Саме через них, настанови та образи за допомогою інструментів соціалізації, соціально-психологічних засобів маніпулювання та управління свідомістю (зараження, наслідування, та ін.) визнаються та фіксуються у людській поведінці типові паттерни.

Таким чином, з одного боку моральність суспільства, окремих страт та груп, повинна бути відображеною у кримінальному законі. З другого боку, моральність людської активності описує певні табу та загальнолюдські заборони, що пов'язано лише частково із сатисфакційним процесом. Віра та релігійні норми, інші соціокультурні артефакти також мають флер моральності, але не характеризують злочин. Адитивність моральної заборони як адитивність кримінального права. В структурі соціальних норм кримінальне право доповнює систему публічно-правових дозволів та охороняє них, суспільна мораль лише підкріплює певні кримінальні заборони [2, 242-247].

Тому, на нашу думку, виключно моральні норми, вочевидь, не можуть бути первинною основою формування кримінально-правових заборон, а лише частково доповнюють впорядковані системи кримінальної відповідальності за порушення правил управління соціумом. Саме на таких обмеженнях сформувалося поняття злочину, як вчинку, який є крайнім проявом негативної активності по відношенню до суспільних цінностей та суспільства. Моральні заборони за неписані засуджувані суспільством негативні вчинки є первинними у визначенні караного, але логіка суспільного розвитку свідчить про певну аморальність сучасних кримінальних законів. Держава має обов'язок карати задля соціального спокою, але цей обов'язок нівелюється цілою купою обмежень та балансів виконавчої та

законодавчої влади. Так, морально визнаний захист права на життя кореспондує легітимному насильству з боку правоохоронних органів, збройних сил тощо, та праву на повстання та революційному терору. Отже позбавлення життя є тяжким злочинном, актом крайньої необхідності, відповіддю на акт агресії, актом громадянської доцільності всупереч незаконній законності. Правові форми змінюються, моральний осуд – лише в залежності від пануючої системи цінностей.

У традиційних суспільствах законодавчий інструмент служив, перш за все, встановлення якогось природного стану речей.

У сучасну епоху (починаючи з XIX століття) він використовується для встановлення того порядку, якого суспільство хоче досягти, який воно визначає в своїх ідеологіях, програмах і проектах. Цінності, які закріплюють сучасні закони, глибоко відрізняються від цінностей традиційних суспільств.

Громадські свідомість, менталітет людей різних товариств, стереотипи, закладені в них, обумовлюються цінностями і соціальними нормами, встановленими кожним із цих товариств відповідно до специфіки свого розвитку чи специфіки розуміння цих елементів у соціальних мережах. Тому оцінка будь-яких діянь як злочинних, визначення тяжкості відповідного діяння, пріоритети в захисті саме цих, а не інших відносин встановлювалося суспільством на основі специфіки розвитку даного суспільства. При цьому в основі зміни закону іноді лежить суб'єктивна оцінка діяння, різного роду інтереси «еліти» (не завжди суспільно небезпечні і шкідливі), оцінка подій випадкового характеру з точки зору потреб еліти, а не загального правового ландшафту основних прав та фундаментальних свобод особистості [3, 109-115]. За таких умов кримінально-правова норма не обумовлена суспільними потребами і внутрішньою необхідністю, що призводить до конфлікту між суспільною свідомістю (або установками окремих індивідів) і кримінально-правовими заборонами, масовій аномії, самосудам, правовому нігілізму.

В теорії кримінального права існують два підходи до формулювання загального визначення злочину:

1) Формально-юридичний (нормативний). Суть підходу полягає в забороні протиправної поведінки під загрозою покарання. Даний підхід, відповідаючи на питання: «Що вважати злочином?», проте не дає відповіді: «Чому?».

2) Матеріальний. Даний підхід заснований на виявленні шкідливості діяння, а визначення злочину ідеологізовано і позбавлене нормативності. Злочинність встановлюється державою шляхом введення заборони на вчинення певного кола діянь і встановлення за порушення заборони найсуворішою з усіх видів відповідальності. Діяння визначається як злочинне на підставі ступеня суспільної небезпеки визначеній у аморальності та протиправності. Цей критерій дозволяє відмежувати злочин від інших форм соціальних відхилень. Однак цей критерій можна віднести до формальних, оскільки оцінка будь-якого діяння як злочину виходить прив'язаною до певного місця і часу і змінюється зі зміною цих умов (одного з них). Наприклад, в умовах командно-адміністративної економіки СРСР спекуляція визнавалася суспільно небезпечним діянням, а в умовах ринкової економіки України подібна діяльність є підприємницькою. Нерідко склади злочинів, характерні для однієї епохи розвитку, навіть з теоретичної точки зору не можуть бути сприйняті правом інший. Так, безліч дій, які вважалися злочинами в минулому, ні один сучасний суд злочинними не назве (насилання псування, чаклунство, союз з дияволом). І навпаки, багато діянь, які визнаються злочинними будь-яким сучасним законодав-

ством, що не вважалися такими в попередні епохи історичного розвитку суспільства.

Соціальна обумовленість визнання діяння злочинним дуже відносна. На практиці не все, що заборонено законом, становить загрозу для суспільства, нерідко зазначені заборони захищають інтереси незначної частини суспільства. Кримінальна карність діяння – одна з ознак визнання його злочином. Однак каральні заходи за вчинення злочину на протязі всієї історії розвитку людства, як правило, носили виборчий характер (і носять до сих пор). Не дивлячись на те, що ступінь суспільної небезпеки злочинів представників нижчих верств суспільства є не найвищою, вся мідь системи покарання обрушується саме на них. Кримінальні представники суспільства, як правило, залишаються безкарними (феномен корупційної і організованої злочинності). Таким чином, можна з достатнім ступенем впевненості говорити про різні рівні соціальної реальності, які детермінують процес криміналізації (визнання того чи іншого діяння суспільно небезпечним, злочинним, кримінально карним).

Феномен злочину, як складного соціального явища, що трансформується під впливом розвитку суспільства і видозміною суспільних відносин і соціальних відношень. «Кримінальна заборона сьогодення, – як вказує В. О. Туляков, аналізуючи проблеми відродження ефективної динаміки кримінального права України, – яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних договорів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку маються на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин» [4, 7].

Панівна соціальна теорія (школа кримінального права) знаходить своє визначення у відповідних кримінально-правових нормах. За таких умов ми спроможні описати співвідношення кримінально-правових заборон з іншими нормами, визначити буття кримінально-правової норми як у сфері права, так і закону з урахуванням панівної соціальної теорії та лише стосовно поточного історичного моменту. Найяскравіше це проявляється в існуючих концептах пунітивної юстиції, ресторативної юстиції і віджилантізму (аболіціонізму).

Відомо і традиційно зрозуміло, що захист суспільства від злочинців повинен здійснюватися за допомогою застосування до останніх жорстких і невідворотних покарань (пунітивний підхід). Відповідні зміни у суспільній свідомості висунули на перший план проблему «юстиції причетних», у межах якої воля потерпілого посідає центральне місце. Проблема ролі «відновлювальної юстиції» (*restorative justice*) у взаємовідносинах правопорушника і його жертви, а також у процесі профілактики злочинів була однією із центральних тем X і XI Конгресів ООН з попередження злочинності і поведіння із правопорушниками (2000, 2005 pp.).

Згідно із даним підходом, ідея взаємної відповідальності громадянина і держави реалізується тоді і остільки, коли і оскільки держава не просто захищає громадян системою правових приписів-регуляторів, але і несе відповідальність, якщо хто-небудь такі приписи порушив. Це надає можливість здійснити системний аналіз злочинів та моральності саме з'ясовуючи роль та місце антропогенних факторів в етіології та детермінації відповідних злочинів. Нема сумнівів, що такий підхід має рацію з точки зору виявлення ефективності кримінально-правової форми. Сутність кримінального права визначається характером суспільно-економічного ладу і політичної структури держави; на його розвиток впливають також панівні ідеологія, традиції тощо; а змістоутворюючі фактори трансформуються у право через волю соціальних груп, класів чи народу в цілому. З огляду на тенденції метамодерністського розвитку у світі і відповідно в Україні виникає потреба у чіткому формуванні нових суспільних відносин й забезпеченні правом системи цінностей, притаманних такому суспільству. Однак сьогодні система цінностей інформаційного суспільства в Україні застаріла, орієнтована на суспільство індустріальне, а інколи – аграрне. Водночас нова система цінностей, близька сучасній людині, фактично, поза увагою кримінального права. Вона нерегульована і небезпечена від будь-яких посягань [5, 134-136].

Система правосуддя буксує, суди переповнені справами, правоохоронні органи незалежно від рівня злочинності завжди працюють на межі можливого, зростає рівень призонізації населення.

У цих умовах виникає третя сила – рух, спрямований на необхідність самостійного відправлення правосуддя, на легалізацію самосудів і обмеження застосування норм кримінального права як єдиного регулятора системи найнебезпечніших девіацій (аболіціонізм), зміну моральної складової системи злочинів.

Насправді жоден з цих підходів не існує у чистому вигляді. Ефект «майданів» та «врадівки» саме підтверджує це.

Дисфункції соціальних інститутів у сфері забезпечення природних прав і свобод людини і громадянина є катализаторами активації права на повстання та легалізації самосуду.

Виникає ситуація, прозоро визначена Пітрімом Сорокіним 100 років тому. «Фактично майже у будь-якому суспільстві акти, що вважаються злочинними з юридичної... точки зору, зовсім не є такими з точки зору всіх членів суспільства; так само юридичний захист через покарання тих чи інших злочинців не рівнозначний захисту усього суспільства, а являє собою лише захист його привілейованої частини... захист, який для інших елементів суспільства суцільно постає простими утисками, насильством, і, якщо завгодно, злочином» [6, 79].

Підтвердженням для цього слугуватимуть фундаментальні розбіжності, які існують між суспільними відносинами, – громадським порядком та моральністю, – що становлять предмет кримінально-правової охорони окремого розділу Особливої частини КК [7, 33-35]. Вирішення цього завдання має на лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки повинно призвести до поліпшення кримінально-правової охорони таких відносин. Фахівці підкреслюють, що стан ескалації аномії в українському суспільстві зумовлює щорічне вчинення в Україні сотень тисяч злочинів. Особливо демонстративним є збільшення кількості злочинів явно аморального змісту [8], проти основних устоїв суспільства. Це демонструється активним приростом і поширенням у ЗМІ інформації про злочини та злочинність аномійного типу формуванням почуття безкарності,

культивуванням насильства та жорстокості. Тиражування інформації щодо руйнування могил, пам'ятників, розбещення неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність, зокрема через ЗМІ, до публічних безпідставних обвинувачень представників влади у вчиненні злочинів і руйнівних впливів на символи суверенітету – прилюдного знищення національного прапора України та посягань на інформаційний простір Президента України. Вказані злочинні вияви шляхом поширення масової дистанційної комунікації охоплюють свідомість необмеженої кількості реципієнтів інформації, внаслідок чого у суспільній свідомості формується уява про відсутність не лише цінностей, а й відповідальності за вчинення суспільно небезпечних діянь, спрямованих на них. На тлі «розмивання» норм моралі, пропаганди насильства, жорстокості й правового нігілізму у суспільстві спостерігається фактично «побутове» ставлення до порушення авторського права і суміжних прав, культу насильства та жорстокості, зокрема у ЗМІ, Internet, поблажливість до втручання в роботу комп'ютерних систем, зокрема платіжних, які є злочинами. Спостереження за продажем неліцензованих DVD і CD продуктів, можливістю «зкачування» з мережі Internet усупереч волевиявленню авторів та їх правонаступників об'єктів авторського права, як і поширення у Internet порнографічних і продуктів, що культивують насильство та жорстокість, розсилка «посилань» на такі продукти, навіть на молодіжні та дитячі web-сайти, свідчить, що це стає повсякденним явищем [9, 133].

Як вже було казано – самостійно у рамках позитивної школи права кримінальна наука з такими явищами не зможе впоратися. Отже виникає потреба в інших методах пізнання, перш за все, юридичної антропології.

Література:

1. Российское уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Спарк, 2000. – С. 7.
2. Панчишин, Р. І. Функції юридичної антропології в розрізі знання про закономірності взаємовідносин права та людського індивіда / Р. І. Панчишин // Проблеми законності : зб. наук. праць. 1976. – 2011. – Вип. 116. – 273 с. – С. 242-247.
3. Пуховська, А. С. Права людини в контексті правової антропології / А. С. Пуховська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2014. – №9. – С. 109-115.
4. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренсанс моделі сталого розвитку // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 2(3) – С. 1-19. – С. 7.
5. Савинова Н. А. Совершенствование научного уровня уголовно-правовой политики в условиях информационного общества / П. Л. Фрис, Н. А. Савинова // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування: Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 р. — С. 134—136
6. Питирим Сорокин. Наказание и кара, подвиг и награда. Социологический этюд о формах общественного поведения и морали. – С.Пб., 1914. – С. 79.
7. Кузнецов В. В. Визначення суспільної моральності самостійним об'єктом кримінально-правового захисту / В. В. Кузнецов // Філософські, методологічні та психологічні проблеми права [текст] : матер. II Всеукр. наук.-теорет. конф. (Київ, 31 січня 2009 р.) / Ред. кол.: Є.М. Моїсєєв, О.М. Джужа, М.В. Костицький [та ін.] ; передмова О.М. Джужі. – К. : Київський нац. ун-т внутр. справ, 2009. – С. 33–35.
8. Бочаров В.В. Правосознание и закон. От Африки к России // Манифестация. – 2001. – № 6.
9. Савінова Н. А. Кримінально-правова політика забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні / Н. А. Савінова : Дис... докт. юрид. наук: 12.00.08. – Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 133.

Бойченко В. П. Нравственное и преступное в уголовном праве

Аннотация. В статье показано, что антропологическое измерение современного понимания преступления сосредотачивается не только на проблематике догматического анализа уголовного запрета, или аксиологической оценки существования и бытия нормы (моральная адекватность), но и интегративного динамического анализа сущности и бытия нормы в целом как самоорганизованного правового явления. Выяснено, что моральные запреты корреспондируют с распространённостью дисциплинарных практик лишь частично. Только соответствие уголовно-правового запрета оценке такого запрета у населения делает закон эффективным, иначе дело идет о конфликте между моральными оценками и правом.

Ключевые слова: антропология преступления, преступления против нравственности, интегративный подход, нравственность, преступление.

Boychenko V. Moral and criminal in penal law

Summary. The article shows that the anthropological dimension of modern crime understanding from contemporary researchers focuses not only on the problems of dogmatic analysis of the criminal prohibition, or the axiological assessment of the existence of the norm (moral adequacy), but also the integrative dynamic analysis of the essence and existence of the norm as a whole self-organized legal phenomenon. It has been found that moral prohibitions correspond only with the prevalence of disciplinary practices partially. Only the compliance with the criminal prohibition of the assessment of such a ban in the population makes the law effective, otherwise it is a matter of conflict between moral judgment and law.

Key words: crime anthropology, crimes against morality, integrative approach, morality, crime.