



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 ID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-037X>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-6589-2019-navrotskiy.vo.@gmail.com>

DOI: 10.33498/opus-2020-02-081

УДК 343.2:343.3

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 Кримінальному кодексі України, з одного боку, є багато вдалих рішень, коли дотримуються правила, згідно з яким одним терміном позначаються однакові поняття (і такі поняття та терміни пропонуються називати наскрізними), а з другого – численні недолугості, коли цього правила не дотримуються й однаковими термінами позначають різні за змістом та обсягом поняття (які пропонуються називати відособленими).

Метою статті є аналіз того, чому в українському кримінальному праві виникає ситуація, за якої порушується вимога однакості 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 призвести до формулювання конкретних пропозицій щодо забезпечення термінологічної єдності у кримінальному праві.

Відзначається позитивна роль наскрізних кримінально-правових понять і вказується на їхні 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 систематичного тлумачення кримінального закону; забезпечують правову визначеність у правозастосуванні; спрощують вивчення кримінального права.

Констатується недолугість ситуації, коли правила, відповідно до яких однакові поняття позначають однаковими термінами, не дотримуються та виникають відособлені кримінально-правові поняття. Вказується на її відмінність від тієї, яка виникає при формуванні так званих автономних понять у практиці Європейського суду з прав людини. Звертається увага на те, що про існування відособлених понять можна говорити лише в контексті їхнього порівняння з наскрізними.

Зроблено висновок, що відособленими поняття можуть стати принаймні з трьох підстав: 1) унаслідок дій законодавця; 2) через позицію практики; 3) як результат

© Вячеслав Навроцький, 2020

Вячеслав Навроцький

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.

Аксіоматичним є визнання того, що єдність термінології – один із вагомих критеріїв якості закону, запорука правильної правозастосовної практики і загалом передумова 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 Кримінальному кодексі України (далі – КК України)¹, з одного боку, є багато вдалих рішень, а з другого – численні недолугості. У міру внесення змін і доповнень до КК України кількість порушень “термінологічної дисципліни” все збільшується і збільшується, законодавчі новели все частіше є виявами термінологічного хаосу. У такий спосіб 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.

Невипадково питання термінології неодноразово ставали предметом уваги в публікаціях українських учених. Різні аспекти цієї проблеми висвітлювали П. Андрушко, Ю. Баулін, В. Борисов, Л. Брич, С. Денисов, О. Дудоров, О. Костенко, А. Музика, Ю. Пономаренко, В. Тацій, М. Хавронюк, П. Фріс та ін. Чи не найбільших здобутків у цьому напрямі досягли М. Панов² та З. Загинеї (Тростюк)³, публікації яких стали помітним явищем у дослідженні термінологічних і понятійних проблем українського кримінального права.

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14>> (дата звернення: 21.01.2020).

² Цьому авторові належать численні публікації різних років із вказаної проблеми. Зараз вони зосереджені у виданні: М. Панов, *Проблеми методології науки кримінального права: вибрані наукові праці* (Анісімов Г та Гальцова В уклад, Право 2018). Зокрема: ‘Проблеми формування методології понятійного апарата юридической науки’ (с. 16–39); ‘О соотношении взаимосвязи понятийных аппаратов юридических наук’ (с. 40–44); ‘Понятийный аппарат кримінального права’ (с. 162–167); ‘Понятийные аппараты наук кримінального цикла: соотношение и взаимосвязь’ (с. 168–177); ‘О точности норм уголовного права и совершенствовании законодательной техники’ (с. 216–223). Див. також: М. Панов, *Понятийный аппарат кримінального права та його наукове і практичне значення* (Національний юридичний університет імені Я. Мудрого 2018).

³ З. Тростюк, *Понятийный аппарат Особливой частины Кримінального кодексу України* (Атіка 2003); З. Загинеї, *Кримінально-правова герменевтика* (АртЕк 2015).

Зусиллями вітчизняних дослідників досягнуто значних успіхів у теоретичному розробленні 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”⁴), вказано на термінологічні неточності й невідповідності чинного КК України та сформульовані пропозиції щодо їх усунення. Загально-визнано, що однозначність, чіткість і 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.

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

Чи варто окремо доводити, як все це впливає на стабільність і єдність практики, на досягнення принципу правової визначеності у сфері кримінального права? Водночас саме на аспекти, 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 пося-

⁴ Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (Тацій В голов редкол, Право 2017).

Вячеслав Навроцький

гання, у літературі досі належна увага не зверталася. Саме це й обумовлює вибір теми цієї публікації.

Метою дослідження є аналіз того, чому в українському кримінальному праві виникає ситуація, за якої порушується вимога одностайності термінології, що є причиною такого явища та показ на реальних прикладах того, як до його існування прикладається законодавство, правозастосовна практика і теорія кримінального права України. Передбачається звернути увагу на негативні наслідки запровадження у кримінальне право окремих понять, зміст яких відрізняється від усталених, на що, на жаль, досі не зверталася належної уваги. Вивчення проблеми має призвести до формулювання конкретних пропозицій щодо забезпечення термінологічної єдності у кримінальному праві.

Перед початком аналізу поставленої проблеми слід наголосити на тісному взаємозв'язку та необхідності розрізнення таких феноменів, як “понятійний апарат” і “термінологічний апарат” кримінального права, його поняття і терміни. Їх співвідношення визначається тим, що вони відображають дві сторони одного й того самого явища, яке, як відзначав М. Панов, полягає у відображенні й фіксації відповідних об'єктів (явищ) реальної дійсності, які підлягають кримінально-правовому регулюванню⁵. При цьому поняття (та їх система – понятійний апарат) характеризують зміст відповідних кримінально-правових явищ, а терміни являють собою мовні одиниці, за допомогою яких у тексті закону описуються (позначаються, фіксуються) ті чи інші поняття⁶.

Отже, поняття і терміни, за допомогою яких утворюються кримінально-правові норми та структурні одиниці кримінального закону, перебувають у співвідношенні, яке в філософії визнається співвідношенням категорій змісту та форми, а за Г. Гегелем, зміст оформлений, а форма – змістовна. З цього випливає, що поняття кримінального права не може існувати, не будучи позначеним адекватним йому терміном, а будь-який кримінально-правовий термін неодмінно має відобразити відповідне поняття.

Відомо, що зміст і форма, будучи пов'язаними між собою, водночас відносно самостійні. Один і той самий зміст може мати різну форму. Тобто одне й те саме поняття може бути позначене різними термінами. Проте й однакова форма може бути наповнена різним змістом, коли однаковий термін використовується для вказівки на кілька різних понять. Співвідношення змісту та форми, поняття і терміна кон-

www.pravolia.com.ua

⁵ М. Панов, *Понятійний апарат кримінального права та його наукове і практичне значення* (Національний юридичний університет імені Я. Мудрого 2018) 7.

⁶ Там само 17–8.

кретизується у ще одній парі філософських категорій – сутності та явища. При цьому у змісті (понятті) має виділятися головне, сутнісне, а багатозначність форми (терміна) – обмежуватися. Саме ця ситуація, яка характеризує складність і багатогранність співвідношення термінів і понять, а також різноманітність кримінально-правових норм і багатство української мови (помножені на недостатню увагу до понятійних і термінологічних аспектів з боку як законодавця, так і науковців) й породжує проблему існування відособлених кримінально-правових понять.

Вихідною тезою для розв’язання окресленої проблеми є загальнобизнане положення, згідно з яким необхідно, щоб однакові терміни позначали однакові поняття. Інакше кажучи, якщо у різних статтях КК України трапляється один термін, то це означає, що в цих статтях містяться поняття, однакові за змістом. У більшості випадків це дійсно так. Аналіз чинного КК України 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. Позначені однаковими термінами, вони мають й 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.* Під словом “наскрізний” зазвичай розуміють такий, що повністю охоплює якийсь предмет, явище, який зберігається протягом чого-небудь від початку до кінця, значення якого не змінюється упродовж усього тексту. Тому наскрізними поняттями слід вважати такі, які використовуються неодноразово і мають одне й те саме значення, зберігають його незалежно від того, щодо якого інституту чи норми кримінального права вони використовуються, ознаки якого складу злочину позначають.

Наскрізні кримінально-правові поняття виконують *різноманітні функції у кримінальному праві*, 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 та характеристику їх значення можна продовжувати й урізноманітнювати⁷.

Як неодноразово констатувалося у літературі та відзначалося вище, український законодавець, а відповідно й правозастосовна практика та теорія кримінального права, далеко не завжди дотримуються правила, згідно з яким однакові поняття позначають однаковими термінами. Насамперед виникає запитання: як окреслити таку ситуацію, як назвати поняття, значення яких відрізняються від значень інших понять, позначених тотожними термінами?

На перший погляд такі поняття могли би бути названі “автономними”, тобто такими, зміст яких встановлюється окремо й незалежно від змісту інших понять. Щось подібне можемо бачити у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який виробив концепцію автономних понять права. Однак більш ретельний аналіз показує неприйнятність і шкідливість такого підходу.

Адже ЄСПЛ вкладає в автономні поняття специфічний зміст і 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 до того, який зміст вкладає у них держава-відповідач, та дає змогу відійти від формального розуміння певного терміна з позицій законодавства та правозастосовної практики окремої держави, а з другого – зберегти положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)⁸ 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 й порушують цілі та завдання Конвенції⁹. У літературі відзначається, що ЄСПЛ для того й 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

⁷ Детальніше див.: В Навроцький, ‘Наскрізні кримінально-правові поняття’ в *10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 13–14 жовтня 2011 р.)* (Право 2011) 73–7.

⁸ Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/Laws/show/995-004>> (дата звернення: 21.01.2020).

⁹ І Кретова, ‘Концепція автономного тлумачення у практиці Європейського суду з прав людини’ [2015] 4(3) *Право і суспільство* 26; Г Христова, ‘Проблеми взаємодії доктрини позитивних зобов’язань держави з іншими концепціями, виробленими ЄСПЛ, та її застосування на національному рівні’ в *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: Матеріали 3-ї Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19–20 вересня 2014 р.)* (Фенікс 2014) 1.

істотно відрізнятися 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 законності¹⁰.

Тобто автономні поняття створюються практикою ЄСПЛ свідомо, вони відіграють позитивне значення, служать утвердженню верховенства права, не суперечать засадам правової визначеності. Водночас багатозначність (полісемія) термінів в українському кримінальному праві не відіграє жодної конструктивної ролі. Вона відображає недбалість законодавця, його невміння використовувати багатство словникового запасу української мови, врешті-решт, свідчить про низьку кваліфікацію тих, кому волею долі довелося творити закони та небажання дослухатися до слухних порад.

Зважаючи на сказане, пропонуємо називати *такі поняття відособленими*, тобто такими, які виділяються своїм змістом від інших понять, позначених таким самим 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) унаслідок 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 у науковий обіг, вживаються на практиці. Хоча це не виключає і того, що відособлені поняття, не будучи відображеними в КК України, зароджуються у наукових публікаціях, поширюються у правозастосовних документах.

Прикладів маніпулювання змістом термінів і понять більш ніж досить. Згадаймо найбільш поширену ситуацію, яка стосується поняття неоподаткованого мінімуму доходів громадян. Відповідний термін згадується у статтях КК України понад 300 разів, при цьому вживається у різних значеннях щодо диспозицій статей Особливої частини та щодо санкцій і станом на 2019 р. кратний, відповідно, 960,5 та 17 грн.

¹⁰ С Хилук, “‘Злочин і кара’ у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод” [2015] 4(29) Часопис Академії адвокатури України 114–5.

Однак найбільш одіозним є маніпулювання із 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” і “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 нетотожного змісту статей 365² і 368⁴); особа, уповноважена на виконання функцій: в одному випадку – держави або місцевого самоврядування (ст. 368²), а в другому – лише держави (ст. 369²), службова особа, яка є працівником правоохоронного органу (ст. 365). Видається, що таке термінологічне й понятійне різноманіття хоча й не є вирішальною причиною фактичного безсилля держави у протидії корупції, службовим зловживанням, розкраданням, але робить свій внесок у невирішення відповідних проблем.

Крім того, *ігнорування термінологічних і понятійних проблем часто призводить до результатів, протилежних тим, які ставилися за мету при змінах законодавства*. Ілюстрацією є ситуація зі спробою скасувати кримінальну відповідальність за перевищення влади або службових повноважень, залишивши її лише для працівників правоохоронних органів. Це було здійснено Законом України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції” (далі – Закон № 746-VII)¹¹, яким була викладена в новій редакції ст. 365 КК України. Однак законодавець при цьому проігнорував той факт, що зміни в диспозиції статті Особливої частини КК України, які означали створення відособленого поняття перевищення влади або службових повноважень завдяки новому описанню суб’єкта злочину, ще не означає декриміналізації діянь інших видів суб’єктів. Адже перевищення влади або службових повноважень, вчинене службо-

¹¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції: Закон України від 21 лютого 2014 р. № 746-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/746-18>> (дата звернення: 21.01.2020).

вими особами, які не відносяться до працівників правоохоронних органів, не перестало бути злочином. Наслідком вказаних змін у КК України стало те, що відповідні дії службових осіб, які полягають у виході за межі наданих повноважень (вчинення дій поза компетенцією), стали охоплюватися ст. 364 КК України, оскільки:

– у загальновизнаному розумінні поняття “зловживання” охоплює собою будь-яку шкідливу, заборонену поведінку, яка полягає як у 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 № 746-VII, ст. 364 КК України передбачала загальну норму, а ст. 365 – спеціальну. Тому зміни у спеціальній нормі – виключення з неї посягань, які полягали у перевищенні влади непередставниками влади, означає, що вказані діяння стали охоплюватися загальною нормою, передбаченою ст. 364 КК України;

– позиція, згідно з якою зміни у ст. 365 КК України означали декриміналізацію перевищення влади всіма 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 зіставлення санкцій ст. 364 та ст. 365 КК України 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 України, 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 їх перевищення (наприклад, ч. 3 ст. 206, статті 210, 211, 219, 232², 371–375 КК України). Не викликає сумніву й те, що норма, передбачена ст. 364 КК України, повинна тлумачитися на тих самих засадах.

Не зайве сказати, що позиція, згідно з якою 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 являють собою перевищення службових повноважень, охоплюється ст. 364 КК України, визнається правозастосовною практикою. Так, далеко непоодинокими є випадки засудження за ст. 364 КК України сільських голів, які одноособово приймають рішення

ня про виділення земельних ділянок, що є прерогативою колегіального органу – місцевої ради¹².

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

Непоодинокими є ситуації, коли відособлені поняття формуються зусиллями правозастосовної практики. Переважно це відбувається тоді, коли практика намагається виправити недоліки чинного КК України. 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 України 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 й термін, що позначає посягання загалом. 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 України 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 України виникає намагання не тлумачити вказане поняття як таке, що позначає лише акт поведінки, а до ознак складу злочину, передбаченого частиною другою, не відносити всі ознаки, вказані у частині першій статті КК України. Не втримався від цієї спокуси і Верховний Суд, створивши відособлене поняття “дії...” щодо ст. 365 КК України. Велика палата цього Суду сформулювала правову позицію, згідно з якою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України, не є завдання істотної шкоди відповідним правам та інтересам, бо нібито при конструюванні

¹² Наприклад: Вирок Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 3 жовтня 2017 р. у справі № 357/5232/17.

складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України, наслідки, на які вказано в ч. 1 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, дії (п. 18)¹³. В основі наведеної правової позиції лежить відзначена у цій постанові підвищена суспільна небезпека перевищення влади чи службових повноважень.

Однак наведені аргументи, на наше переконання, не є 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 нібито містить два простих склади злочинів – у ч. 1 передбачає наявність наслідків у виді істотної шкоди, а у ч. 2 – достатньо лише вказаних у ній ознак.

Визнаючи існування істотних проблем із 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. Урешті-решт, Верховному Суду як палатив пропонувалося інше рішення – визнати, що перевищення влади або службових повноважень, вчинене за ознак, вказаних у ч. 2 ст. 365 КК України, завжди пов'язане з заподіянням моральної шкоди потерпілому, причому істотної та такої, що піддається грошовій оцінці. Також пропонувалося, щоб Верховний Суд орієнтувався на те, що розмір такої шкоди перевищує 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, тобто вона має визнаватися істотною. Тож буде підстава констатувати наявність суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки складу аналізованого злочину та застосовувати ч. 2 ст. 365 КК України. Проте Верховний Суд до цієї пропозиції не 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 України, де використовуються вказані 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 у кримінальне право тер-

¹³ Постанова Великої палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к.

мінології з інших галузей знань, а то й просто намагання бути оригінальними, коли за наукову новизну видають нові назви давно відомих речей. Проте чи не в усіх випадках це є наслідком ігнорування того термінологічного апарату, який вже сформувався, та системних зв'язків, які існують у кримінальному праві. Чи не найяскравіший приклад – спотворення значення класичного кримінально-правового поняття “насильство”. Споконвіку відповідний термін позначав фізичний вплив на організм іншої людини. Недаремно ще в Стародавньому 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 України здійснюється різноманітно. Переважно про вид насильства не вказується, в одному випадку (ст. 180 КК України) йдеться про “психічне” насильство, у назві ст. 126¹ – про “домашнє” насильство, у диспозиції ч. 1 цієї ж статті – про “фізичне, психологічне або економічне насильство”, у п. 10 ст. 115 та ст. 153 – “сексуальне” насильство. Таким чином, поряд із наскрізним поняттям насильства використовуються і його відособлені види. Особливо гостро стоїть питання про прийнятність поділу поняття насильства на фізичне та психічне.

Під останнім зазвичай розуміють погрозу як вплив на психіку особи. Відповідно, коментуючи окремі статті Особливої частини КК України, 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.

Однак більш вагомими видаються аргументи на користь позиції, згідно з якою 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, щось¹⁴. 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 призводить до різних правових

¹⁴ Великий тлумачний словник української мови (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2004) 579.

наслідків. Це підтверджують положення, закріплені у ст. 40 КК України, повною мірою це стосується й Особливої частини КК України;

– у тих випадках, коли законодавець вважає за потрібне криміналізувати психічний вплив, він прямо вказує на це у диспозиціях статей Особливої частини КК України, використовуючи термін “погроза”;

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

– у тих випадках, коли законодавець не вважає за потрібне встановлювати чи посилювати відповідальність за погрозу, він не використовує відповідного терміна у статтях КК України (наприклад, ч. 1 ст. 300, ст. 340). Тому тлумачення, відповідно до 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 України, є передумовою до забороненої при застосуванні кримінального закону аналогії;

– використання у КК України 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 та погрозу. По-перше, такі терміни застосовуються вкрай рідко, по-друге, їхнє використання не відображає жодної 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 України у цій частині. Недоліки ж закону, його окремі нетипові формулювання не можуть служити аргументом на користь тієї чи іншої позиції, тим паче, 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 подібного характеру.

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

Висновки. Окреслене значення наскрізних кримінально-правових понять, недостатня увага до їхньої законодавчої регламентації та тлумачення, необхідність рішучого й послідовного витіснення відособлених понять із тексту кримінального закону, правозастосовної практики, теорії кримінального права та навчального процесу потребує низки нових підходів як у правотворчості, так і правозастосуванні, у теоретичному дослідженні кримінально-правових проблем. Без їхнього використання розвиток кримінального законодавства буде й надалі рухатися екстенсивним шляхом, його суперечності збільшуватимуться, тому пропонуємо:

– з'ясувати, з яких слів нині 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 і зворотів, використаних у КК України. Ця робота може бути предметом дисертаційних досліджень не лише для юристів, а й філологів;

– домогтися того, щоб у процесі поточної правотворчості законодавець обмежувався рекомендованим словником. Те саме рекомендувати робити 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;

– урешті-решт, подолати стереотипи, які перешкоджають створенню “термінологічного” розділу КК України та доповнити ним чинний закон;

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

– теоретичне дослідження наскрізних понять вважати перспективними напрямками наукових розробок у сфері кримінального права.

Видається, що запропоновані заходи сприятимуть усуненню розбіжностей між понятійним апаратом кримінального права України та його термінологією, досягненню того, що правило “одному поняттю відповідає один термін” буде не лише задеклароване, а й реалізоване. Важливо також пам'ятати, що вимога єдності термінології повинна реалізовуватися у межах усєї системи українського права та не може обмежуватися лише однією його галуззю.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Panov M, *Poniatiiyni aparat kryminalnoho prava ta yoho naukove i praktychne znachennia [Array of Criminal Law Concepts and Its Scientific and Practical Significance]* (Natsionalnyi yurydychnyi universytet imeni Ya Mudroho 2018) (in Ukrainian).
2. Trostiuk Z, *Poniatiiyni aparat Osoblyvoi chastyny Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [Array of Concepts of the Criminal Code of Ukraine, Special Part]* (Atika 2003) (in Ukrainian).
3. Zahynei Z, *Kryminalno-pravova hermenevtyka [Criminal Law Hermeneutics]* (ArtEk 2015) (in Ukrainian).

Edited books

4. Panov M, *Problemy metodolohii nauky kryminalnoho prava: vybrani naukovi pratsi [Methodology Issues of Criminal Law Science: Selected Scientific Papers]* (Anisimov H ta Haltsova V ukladachi, Pravo 2018) (in Ukrainian).
5. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [Great Ukrainian Encyclopedia of Law], t 17: Kryminalne pravo [Criminal Law]* (Tatsii V hol redkol, Pravo 2017) (in Ukrainian).
6. *Velykyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy [Great Explanatory Dictionary of the Ukrainian Language]* (Busel V uklad i holov red, Perun 2004) (in Ukrainian).

Journal articles

7. Kretova I, 'Kontsepsiia avtonomnoho tlumachennia u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' ['The Concept of Autonomous Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights'] [2015] 4(3) Pravo i suspilstvo 26 (in Ukrainian).
8. Khyliuk S, "Zlochyn i kara" u Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod' ['Crime and Punishment' in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'] [2015] 4(29) Chasopys Akademii advokatury Ukrainy 114–5 (in Ukrainian).

Conference paper

9. Navrotskyi V, 'Naskrizni kryminalno-pravovi poniattia' ['Cross-Cutting Criminal Law Concepts'] v *10 rokiv chynnosti Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: Problemy zastosuvannia, udoskonalennia ta podalshoi harmonizatsii iz zakonodavstvom yevropeiskykh krain. Materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Kharkiv, 13–14 zhovtnia 2011 r.) [10-Year Currency of the Criminal Code of Ukraine: Issues of Application, Improvement and Further Harmonization with Legislation of European Countries. Materials of International Scientific and Practical Conference (Kharkiv, October 13–14, 2011)]* (Pravo 2011) 73–7 (in Ukrainian).
10. Khrystova H, 'Problemy vzaiemodii doktryny pozytyvnykh zobov'iazan derzhavy z inshymy kontsepsiiami, vyroblenyymi YeSPL, ta yii zastosuvannia na natsionalnomu rivni' ['Issues Relating to Interaction of the Doctrine of the State's Positive Obligations with Other Concepts Developed by the ECHR, and Its Application at the National Level'] v *Pravove zabezpechennia efektyvnoho vykonannia rishen i zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: Materialy 3-i Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Odesa, 19–20 veresnia 2014) [Legal Framework for Efficient Implementation of Judgments and Application of the Case Law of the European Court of Human Rights: Materials of the 3rd International Scientific and Practical Conference (Odessa, September 19–20, 2014)]* (Feniks 2014) 1 (in Ukrainian).

CROSS-CUTTING AND SELF-STANDING CONCEPTS
OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE

ABSTRACT. Consistency of terms is one of the essential quality criteria of law and the pillar of appropriate law application practice, a prerequisite for the rule of law and the supremacy of legal order. From this perspective, the current Criminal Code of Ukraine, on the one part, has many efficient solutions ensuring observance of the rule according to which one term denotes the same concepts (and it is proposed to refer to such concepts and terms as cross-cutting), and on the other part, it contains numerous inconsistencies when this rule is disregarded and the same terms denote the concepts of different meaning and scope (it is proposed to refer to them as self-standing).

The purpose of the article is to analyze why Ukrainian criminal law has encountered the situation when the requirement for consistency of terminology is not complied with, and to find out what its reason is, and also to show real examples of how legislation, law application practice and criminal law theory of Ukraine are related to the existence thereof. The study of this problem should encourage specific proposals for ensuring terminological consistency in criminal law.

The author notes the positive role of cross-cutting criminal law concepts and mentions their functions in criminal law. Such concepts, in particular, confirm the continuity (succession, consistency, coherence) of legislation, law application practice, and the theory of criminal law; furthermore, they are indicative of the stability of a legal system; they are an indicator of the quality of legislation; demonstrate the systematicity of criminal law, are a prerequisite for systematic interpretation of criminal law; ensure legal certainty in law application; and besides, they simplify the study of criminal law.

The author highlights the inappropriateness of the situation when the rule under which the same concepts are designated by the same terms is disregarded and this gives rise to self-standing criminal law concepts. The author notes that this situation differs from the one emerging when the so-called autonomous concepts are formed in the case law of the European Court of Human Rights. The author emphasizes that it is possible to speak about existence of self-standing concepts only in the context of their comparison with the cross-cutting ones.

The author concludes that concepts can become self-standing at least for the following three reasons: 1) due to actions of the legislator; 2) due to the position of practice; 3) as a result of theoretical research. Anyway, this is the consequence of voluntarism and improper attention to the meaning of relevant cross-cutting concepts and this is confirmed by the analysis of specific examples.

The article formulates proposals intended to prevent the emergence of self-standing concepts in criminal law of Ukraine, in particular, by creating a glossary which should be exclusively used to form articles of criminal law.

KEYWORDS: criminal law; terminology; array of concepts; cross-cutting; self-standing.