

К ВОПРОСУ СОДЕРЖАНИЯ И СООТНОШЕНИЯ ПОНЯТИЙ «СМЕШАННАЯ», «ДВОЙНАЯ» И «СЛОЖНАЯ ФОРМА ВИНЫ» В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ Шевченко Е.В.

В статье рассматриваются содержание и соотношение таких понятий в теории уголовного права, как «смешанная», «двойная» и «сложная форма вины». Анализируются особенности конструирования некоторых составов преступлений, влияющих на усложненность их субъективной стороны.

Ключевые слова: единичные преступления, преступления с производными последствиями, смешанная форма вины, уголовное право.

THE QUESTION OF CONTENTS AND CORRELATION ON THE CONCEPTS «MIXED», «DOUBLE», «COMPLEX FORM OF GUILT» IN CRIMINAL LAW Shevchenko E.V.

The article deals with the content and relation of the concepts «mixed», «double», «complex form of guilt» in the criminal law theory. The features of desing some corpus delicta that influence the complicity of their subjective side are analyzed.

Key words: isolated crime, the crime with additional consequence, mixed form of guilt, criminal law.

Надійшла до редакції 11.01.2011 р.

УДК 343.01

**Ю. А. Пономаренко, канд. юрид. наук, доцент
Національний університет «Юридична академія
України імені Ярослава Мудрого», м. Харків**

ПОХОЖДЕНИЯ ПРАВА ПОКАРАННЯ

З появою в суспільстві норм права з'явилася й правомірна поведінка людини, тобто така, що узгоджується з вимогами згаданих норм. Але з того ж самого моменту з'явилась і поведінка неправомірна, порушуюча вимоги норм права. Як образно писав М. С. Таганцев, «з непокою Творцеві світу, зі шкідливим зазіханням на інтереси ближніх зустрічаємося ми на перших

же сторінках священних переказів віри...» [16, с. 19]. Поява в суспільстві правопорушень покликала до життя й необхідність протидії їм. У першу чергу злочину протидівав сам потерпілий — особа, яка найбільшою мірою зазнала шкоди й болю від учиненого. Протидія злочину була його природним правом, тісно пов'язаним з правом на захист. Коли ж потерпілий гинув, право

відплати злочинцеві належало його близьким родичам. Провідна роль потерпілого або його близьких у протидії вчиненому злочину знайшла своє відбиття вже в найдавніших нормативно-правових актах, що дійшли до нас. Так, ст. 1 Руської Правди (її короткої редакції) передбачала: «Уб'є муж мужа, то мстити брату за брата, або синові за батька, або батькові за сина, або братовому синові, або сестриному синові...» [14, с. 47].

Проте з часом помста потерпілого стала зазнавати певних змін та обмежень. Якщо спершу вона була його священним обов'язком, за невиконання якого загрожувала навіть суспільна або релігійна санкція, то згодом вона ставала правом потерпілого, причому коло осіб, які це право мали, звужувалося, визначався строк на його здійснення тощо. Право карати поступово почали переймати на себе від потерпілого інші інституції — сім'я, церква, громада, ремісничі цехи; навіть середньовічні університети й ті свого часу мали право покарання стосовно своїх студентів. Але головним борцем з приватною помстою потерпілого стала саме державна влада, яка, чим далі зміцнюючись, все більшою мірою перебирала на себе функцію протидії злочинності. Наприклад, у тій же Руській Правді вже передбачається

можливість (хоча й факультативна) накладення державою кари за вчинений злочин у виді штрафів на користь князя, «...а як не буде кого мстити, то 40 гривен за голову...» [14, с. 47].

Зрештою, еволюція суспільства й державної влади призводить до того, що право карати за вчинення злочину від приватної особи повністю й остаточно переходить до держави. Утім, «зосередивши каральний вплив у своїх руках, державна влада спочатку йшла слідами приватного месника; покарання, що нею застосовувалися, тривалий час забарвлювалися почуттям помсти і грубим бажанням залякати громадян жорстокістю» [10, с.36]. Ось так розпочався достатньо довгочасний період у каральній діяльності державного правосуддя, який увійшов у історію публічними, часто кваліфікованими стратами, членушкоджуючими покараннями та іншими видами карального впливу на тіло злочинця, що перетворювалися на залякувальне видовище для публіки.

Та вже з кінця XVIII — початку XIX ст. з каральної діяльності європейських держав починає зникати видовище фізичного покарання, усувається театралізація страждань злочинця [Детальніше див.: 21, с. 7-35]. Так зароджувався сучасний період протидії злочинності, що

ознаменувався перенесенням карального впливу на соціальний статус особи, яка вчинила злочин, намаганням шляхом покарання досягти не тільки мети відплати (кари) або залякування інших для утримання від учинення злочину, а й виправлення винного з чіткою формалізацією підстав і меж каральної діяльності держави. Настав і продовжується донині третій етап розвитку європейського кримінального права — «уклад громадського виправлення й попередження», який змінив собою «уклад громадського залякування», як той свого часу «уклад приватної помсти» [5, с. 120].

На цей період припадає й нова ера наукових досліджень, спрямованих на пошуки обґрунтування каральної влади держав. Якщо з античності й до XVIII ст. аргументація права покарання й визначення його меж здійснювалися в рамках філософських, релігійних чи морально-етичних парадигм, то з XIX ст. дослідники намагаються віднайти юридичний базис права покарання. Утім, ці пошуки, безумовно, ґрунтувалися на тих світоглядних концепціях, з яких виходив той чи інший науковець. Зокрема, встановленню походження права покарання присвятили свої праці українські й російські криміналісти Л.С. Білогриць-Котляревський,

Л. Є. Владимиров, Г. С. Гордієнко, О. Ф. Кістяківський, Е. Я. Немировський, С.В. Познишев, М.Д. Сергєєвський, М.С. Таганцев, М.П. Чубинський, І.Я. Фойницький та інші, а також криміналісти зарубіжних країн А. Ф. Бернер, К. Біндінг, Ю. Варга, Е. Генке, Ф. Ліст, К. Міттермайер та ін. Проте теоретичне обґрунтування цього права у вітчизняній літературі здійснювалося тільки у XIX – на початку XX ст. Після революції 1917 р. радянські криміналісти не переймалися появою в держави права карати злочинців, сприймали його як даність і не допускали ні найменшого сумніву, що саме вона вправі чинити каральний вплив. Не надто опікуються проблематикою розвитку права покарання й пострадянські криміналісти. З огляду на викладене метою даної статті треба визнати поглиблене дослідження походження еволюції права покарання з урахуванням сучасних політико-правових концепцій існування й функціонування держави.

Ще в XIX ст. у науковому апараті виник латиномовний термін *jus puniendi*, яким почали позначати право держави карати злочинців. У такому значенні *jus puniendi*, як суб'єктивне право держави на обкладення злочину санкцією і застосування покарання до злочинця, протиставлялося *jus criminale (poenale)* – кримі-

нальному праву в об'єктивному смислі, тобто галузі публічного права, що визначає діяння, які є злочинами, й відповідальність за них [2, с. 9]. Однак уже в ту добу в юридичній літературі з'явилось й розуміння недостатньої адекватності терміна «*право покарання*», оскільки багатьма вченими у його зміст вкладалися властивості, не характерні для категорії суб'єктивного права. В окремих випадках це призводило до внутрішніх суперечностей у тлумаченні *jus puniendi*. Наприклад, І. Я. Фойницький, визначав його, з одного боку, як «*право покарання в суб'єктивному смислі*», а з другого – як «*владу заборони певних дій під загрозою покарання, переслідування порушників таких заборон і застосування до них кримінальної загрози*» [20, с.8] (курсив автора — Ю. П.). Із цього приводу М. С. Таганцев писав: «Якщо покарання є необхідним наслідком злочину, ... то держава у своїй каральній діяльності є простим виконавцем вищих для неї велінь, виконання яких для неї так само обов'язкове, як і дотримання велінь права для кожного громадянина. При такому погляді не можна, власне, вести мову про право держави карати (*jus puniendi*), про право в смислі суб'єктивному, яким його володілець може користуватися або не користуватися, а можна міркувати лише про обов'язок»

[17, с. 944]. М. Д. Сергєєвський намагався узгодити різні інтерпретації змісту поняття «права покарання» і звертав увагу на те, що його вживання в правових публікаціях «втрачає точний смисл і позначає *не тільки право, а й обов'язок* і навіть необхідність накладати покарання» [22, с. 199] (курсив автора – Ю. П.). Однак цілком очевидно, що суб'єктивне право і юридичний обов'язок аж ніяк не тотожні і не можуть переростати одне в одного, а тому не повинні й визначатися одне за допомогою іншого.

На даний час проблематика повноважень державної влади досліджується в аспекті функцій держави, які традиційно розуміються як основні напрямки її діяльності, орієнтовані на вирішення завдань з управління суспільством і загальних справ учасників суспільних відносин [Див.: 12, с. 157; 15, с. 62; 23, с. 61, 62]. Окремі правники уточнюють, що ці функції — це не просто *основні напрямки*, а скоріше *основні види* її діяльності, що виражають призначення й сутність держави [18, с. 75]. Так чи інакше, але функції останньої традиційно поділяються на внутрішні й зовнішні. До перших за загальним визнанням (як фахівців — теоретиків права, так і криміналістів [див., напр.: 11, с. 9]) належить функція протидії зло-

чинності. Утім у різних джерелах із загальної теорії права вона, як правило, визнається складником або окремим напрямком здійснення більш широкої функції, що йменується дещо по-різному: функція «охорони правопорядку» [15, с. 64], «охорони правопорядку, законності, прав і свобод громадян» [9, с. 5], «забезпечення правопорядку» [8, с. 67], «забезпечення правозаконності й правопорядку» [4, с. 100, 101] тощо. Проте такі термінологічні відмінності, з нашого погляду, не є суттєвими, оскільки в кожному разі з більшою чи меншою мірою конкретизації йдеться про такий внутрішній напрямок діяльності держави, як протидія злочинам, що, у свою чергу, сприяє підтриманню законності та правопорядку в країні.

Указана функція здійснюється державою через реалізацію низки правомочностей, які, з одного боку, можуть бути розглянуті як права останньої, а з іншого — як її обов'язки. У загальній теорії права подібні правомочності дістали назву «повноваження», тобто своєрідні правообов'язки, в яких виражається «зв'язок права та обов'язків, оскільки права надають суб'єктові публічно-владних відносин для обов'язкової реалізації... Він зобов'язаний здійснювати надані йому права для забезпечення й захисту публічних інтересів. І в цьому смислі по-

няття «повноваження суб'єкта» точніше виражає органічну єдність покладених на нього прав та обов'язків і повніше характеризує відносини суб'єктів» [19, с. 142]. З огляду на наведене категорія «право покарання» (*jus puniendi*) живається нами лише остільки, оскільки вона вже давно введена в понятійний апарат правознавства й у цілому однозначно розуміється правознавцями. Реально ж вона має достатньо умовне значення, бо не позначає *суб'єктивного права* в його класичному тлумаченні, яке суб'єкт реалізує на власний розсуд і від чого він може відмовитись. Саме тому під поняттям «право покарання» необхідно розуміти *повноваження державної влади* встановлювати в законі, застосовувати й виконувати відповідну кару стосовно осіб, які вчиняють злочини, в межах здійснення державою її внутрішньої функції протидії злочинності.

На думку деяких правників, походження права покарання не може бути науковою проблемою, що потребує спеціального доведення чи аргументації. Приміром, О. Ф. Кістяківський писав, що «факт існування кримінального права в усіх народів у всі періоди розвитку людини як роду, вже сам собою вказує на незмінно існуючі й незмінно, а не за примхами чи сваволею діючі в людському роді загальні

причини, що зумовлюють необхідність існування кримінального права, а значить, і покарання» [5, с. 133]. Однак С. В. Познишев з приводу такого судження влучно парирував: «Хіба мало забобон існувало століттями! Може й покарання є забобоном, від якого сучасне людство може вже відмовитись?» [10, с. 38]. На наше переконання, цілком очевидно, що історична притаманність державі права покарання сама собою може вважатися одним з вагомих аргументів щодо його обґрунтування. Разом із тим лише вона одна не в змозі відповісти на питання про походження досліджуваного нами права. Але ж саме від тієї чи іншої відповіді на нього вирішальною мірою залежатиме розуміння підстав, меж і порядку реалізації *jus puniendi*. Це пов'язано з тим, що згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України [6]. З огляду на висловлене можемо стверджувати, що встановлення появи окремих повноважень держави має принципове значення. При цьому цілком очевидно, що аргументація щодо кожного окремого такого повноваження нерозривно пов'язана з проблематикою вищого по-

рядку – обґрунтуванням походження самої держави й легалізацією державної влади. Інакше кажучи, відповідь на запитання, звідки походить право держави карати злочинця, залежить від розуміння зародження останньої й має вміщуватись у певну концепцію. Вважаємо, що Е. Я. Немировський мав рацію, коли писав, що питання про так зване *jus puniendi* – право держави застосовувати покарання полягає у встановленні її правомочностей і належить до сфери вчення про останню, а не до науки кримінального права [7, с. 62].

Між тим остання теза не надто полегшує пошуки юридичного базису *jus puniendi*, оскільки встановлення правомочностей держави, тобто легальне обґрунтування її існування, є чи не більш складною проблемою. Історії філософської, юридичної й політологічної думки відомі численні концепції походження держави, прихильники яких пояснювали легальність її існування ґрунтуючись на найрізноманітніших чинниках. При цьому з плином часу одна теорія зародження держави змінювала іншу, похитуючи, а іноді й ущент руйнуючи існуючі наукові позиції, заперечуючи їх підвалини, висновки, практичну придатність, методи та прийоми, з тим щоб згодом зазнати такої ж долі. Ті ідеї щодо походження

й легалізації держави, які свого часу визнавалися передовими й новаторськими, що викликали жваві протести захисників старих поглядів, з часом самі ставали об'єктом нищівної критики. В окремі історичні періоди одні концепції отримували пріоритет щодо інших, визнавалися й підтримувалися владою певних країн, а тому вважалися єдино правильними. У Середньовіччя такою була теорія божественного (теологічного) зародження держави; у недавню радянську добу – марксистсько-ленінська концепція, за якою держава вважалася політичною організацією пануючого класу, створеною для вирішення класових суперечностей. Зі зміною суспільно-політичного ладу в Україні остання теорія, як і низка її попередників, була визнана невідповідною й відкинута не тільки на теоретичному, а й на політичному рівні.

У рамках даної публікації ми не вдаємося до розкриття позитивних рис і недоліків окремих ідей щодо походження держави, чому є певне пояснення. По-перше, таке вивчення виходило б за рамки предмета нашого дослідження, а по-друге, цілком очевидно, що жодна зі сформульованих у правових джерелах концепцій не може бути остаточно ні доведена, ні спростована. Ось чому будемо виходити з того теоретичного розуміння за-

родження й легалізації держави, яке нині підтримується більшістю правознавців.

У сучасному вітчизняному вченні про право, в науці конституційного права й у політологічних дослідженнях прийнято виводити походження держави з суспільного договору. Підвалини цього вчення були закладені ще Т. Гоббсом, Г. Гроцієм, Дж. Локком, Ж.-Ж. Руссо та іншими мислителями Нового часу. У подальшому ця теорія неодноразово зазнавала критики з боку прихильників інших поглядів, однак сьогодні вона визнається більшістю ліберальних демократичних країн. Особливо популярна вона в посттоталітарних державах, у тому числі й в Україні. Вважається, що Український народ, реалізуючи своє право на самовизначення, з метою якнайкращої організації свого життя уклав угоду з владою (державою), якій передав істотну частину своїх суверенних прав стосовно управління суспільно значущими справами. При цьому, звісно, «мається на увазі не формальне підписання письмового договору, а стан суспільства, коли люди свідомо і добровільно об'єдналися в державу шляхом мовчазного визнання єдиного об'єднуючого всіх центру» [4, с. 56].

Саме на цій ідеї й була побудована Декларація про державний суверенітет України, в якій

Верховна Рада УРСР, *виражаючи волю народу України* і реалізуючи право української нації на самовизначення, проголосила державний суверенітет України і встановила, що саме *народ є єдиним джерелом державної влади* в Республіці [3]. В Акті проголошення незалежності України створення суверенної держави теж пов'язується зі здійсненням народом права на самовизначення [1]. Договірне походження Української держави було яскраво підтверджено Всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 р., на якому Український народ переважною більшістю голосів (90,32% від тих, хто взяв участь у голосуванні) погодився на створення суверенної держави, яку наділив частиною свого суверенітету. Нарешті, концепція договірного походження держави знайшла своє відбиття і в Конституції України, відповідно до ч. 2 ст. 5 якої «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ», який «здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування» [6]. Стосовно зазначеної норми Конституційний Суд України сформулював правову позицію, яка полягає у тому, що «органи державної влади та органи місцевого самоврядування здійснюють *владу в Україні, що походить від народу*» і роз'яснив, що влада

народу є *первинною, єдиною й невідчужуваною* й реалізується народом шляхом власного волевиявлення [13].

Викладені міркування дають можливість констатувати, що всі повноваження держави Україна щодо управління суспільними процесами належать їй на підставі суспільного договору з Українським народом, який наділив її істотною частиною свого суверенітету. Це повною мірою стосується і права покарання, яке народ (тобто громадяни України, які є реальними або можуть стати потенційними потерпілими від злочинів), передав державі для забезпечення невідворотності, справедливості й адекватності покарання. Причому таке право, на відміну від деяких інших, він передав державі повністю й безповоротно. У зв'язку з цим ні весь народ, ні окремий його представник не повноважні реалізовувати його самостійно.

Таким чином, *право покарання (jus puniendi)* – це повноваження держави щодо встановлення санкцій, застосування й виконання покарань щодо осіб, які вчиняють злочини, надане їй Українським народом шляхом суспільного договору. Таке розуміння цього поняття, з нашого погляду, дозволяє в подальших дослідженнях вивчати підстави, межі й порядок здійснення цього повноваження держави.

Список літератури: 1. Акт проголошення незалежності України від 24 серп. 1991 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 502. 2. *Владиміров Л. Е.* Учебник русского уголовного права: Общ. ч. – Харьков: Изд. тип. Каплана и Бирюкова, 1889. – 253 с. 3. Декларація про державний суверенітет України від 16 лип. 1990 р. // Відом. Верхов. Ради Української РСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429. 4. Загальна теорія держави і права: Підручн. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / За ред. *М. В. Цвіка* і *О. В. Петришина*. – Х.: Право, 2009. – 584 с. 5. *Кистяковський А. Ф.* Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства: 3-е изд., печат. безъ переменъ со 2-го. – К.: Изд. Ф.А. Иогансона, 1891. – 850 с. 6. Конституція України від 28 черв. 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 7. *Немировский Э. Я.* Советское уголовное право: Ч. Общ. и Особ. / Изд-е второе, изм. и доп. – Одесса: Окрлит, 1926. – 363; V с. 8. *Онищенко П.* Види та зміст правоохоронних функцій держави // Підпр-во, госп-во і право. – 2004. – № 11. – С. 66-68. 9. *Пелих Н.* Функції української держави // Підпр-во, госп-во і право. – 2005. – № 1. – С. 3-5. 10. *Познышев С. В.* Основныя начала науки уголовного права: Общ. ч. уголов. права / Изд. 2-е, испр. и доп. – М.: Изд. А. А. Карцева, 1912. – 653 с. 11. Правова система України: історія, стан та перспективи: У 5-ти т. – Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / За заг. ред. *В. В. Сташиса*. – Х.: Право, 2008. – 840 с. 12. *Протасов В. Н., Протасова Н. В.* Лекции по общей теории права и теории государства. – М.: ИД «Городец», 2010. – 752 с. 13. Рішення Конституційного Суду України у справі про здійснення влади народом від 5 жовт. 2005 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 41. – Ст. 2605. 14. Российское законодательство X-XX веков: В 9-ти т. – Т. 1: Законодательство Древней Руси / Под общ. ред. *О. И. Чистякова*; отв. ред. тома *В. Л. Янин*. – М.: Юрид. лит., 1984. – 432 с. 15. *Сорокина Ю. В.* Государство и право: философские проблемы: Курс лекций. – М.: ИД «Городец», 2004. – 208 с. 16. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. – Т. 1. – Тула: Автограф, 2001. – 800 с. 17. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право: Лекции / Изд. 2-е, пересмотр. и доп.: Ч. Общ. – Т. II. – СПб: Гос. тип., 1902. – 822-1460; XIII с. 18. *Тихомиров О.* До проблеми розуміння функцій сучасної держави // Підпр-во, госп-во і право. – 2009. – № 1. – С. 72-75. 19. *Тихомиров Ю. А.* Публичное право: Учеб. – М.: Изд-во БЕК, 1995. – 496 с. 20. *Фойницкий И. Я.* Учение о наказании в связи с тюремоведением. – М.: Добросвет-2000; Городец, 2000. – 464 с. 21. *Фуко М.* Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы / Пер. с фр. *В. Наумова*; под ред. *И. Борисовой*. – М.: Ad Marginem, 1999. – 479 с. 22. *Чучаев А. И.* Уголовно-правовые взгляды Н. Д. Сергеевского. – М.: Проспект, 2010. – 520 с. 23. *Шкляр Т.* Функції сучасної держави: поняття та проблеми класифікації // Підпр-во, госп-во і право. – 2004. – № 11. – С. 61-65.

ПРОИСХОЖДЕНИЕ ПРАВА НАКАЗАНИЯ

Пономаренко Ю. А.

В статье излагается авторское видение происхождения права наказания (jus puniendi) в контексте теории договорного происхождения государства.

Ключевые слова: право наказания, полномочия государства, происхождение государства.

ORIGIN OF RIGHT FOR PUNISHMENT

Ponomarenko Yu. A.

Authorial vision of origin of right for punishment in the context of theory of contractual origin of the state is expounded in the article

Key words: right for punishment, authorities of the state, origin of the state.

Надійшла до редакції 09.02.2011 р.