УДК 343.2/.7
DOI https://doi.org/10.32838/2707-0581/2020.2-3/12

Шевченко С.В.
Львівський національний університет імені Івана Франка

МІСЦЕ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ У СИСТЕМІ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ

У статті проаналізовано ключові дискусійні питання у проблематиці принципів криміналізації діяння. Критично осмислено класифікаційний і некласифікаційний підхід до формування системи принципів криміналізації діяння. Окреслено, яким чином кожен із цих підходів впливає на визначення місця принципу пропорційності. Наведено аргументи на користь відмови від класифікаційного підходу до формування системи принципів криміналізації. Доведено, що принцип пропорційності є основоположним принципом криміналізації діянь, оскільки в розроблених системах принципів криміналізації актуалізуються або окремі складники принципу пропорційності, або його двоїста природа.

Проблематика криміналізації діяння, її підстав і принципів є однією з найбільш малодосліджених у вітчизняній та іноземній кримінально-правовій доктрині. Відсутність єдиного концептуального розуміння поняття та принципів криміналізації у доктрині кримінального права має наслідком виникнення непослідовної та хаотичної кримінально-правової політики у сфері криміналізації, надмірну криміналізацію, наявність прогалин і неузгодженостей у законі про кримінальну відповідальність.

Використання державою в особі законодавця криміналізації як первинного інструменту реагування та врегулювання соціальних конфліктів, загроз і небезпек є негативним явищем. Сьогодні в умовах міжнародної тенденційності до гуманізації кримінально-правової політики такий стан речей можна розцінювати як маркер неефективності самої кримінально-правової політики певної держави.

Якщо визначати криміналізацію як ultima ratio повноваження держави в охороні суспільних відносин, то визначення її методологічних основ окреслює змістові межі реалізації цього повноваження державою, позаяк розуміння природи криміналізації та її змістових засад дозволить визначити конкретні принципи, яким підпорядковується цей процес, і встановити правила або ж стандарти, що випливають із принципів. Дотримання таких засад є свідченням здійснення криміналізації як ultimum remedium, а не політичним інструментом, який використовується державою всупереч правам людини. Враховуючи це, аналіз принципів криміналізації є особливо актуальним у сучасній доктрині кримінального права.

Стан дослідження системи принципів криміналізації у вітчизняній доктрині права значною мірою детермінований напрацюваннями радянської доктрини. З огляду на це завданням сучасної кримінально-правової доктрини є критичне переосмислення радянської та вихід за межі окресленої нею «системи координат» у дослідженнях цієї проблематики. Застосування класифікаційного підходу до вивчення реалізації принципів криміналізації у процесі встановлення певної кримінально-правової заборони видається не те, щоб консервативним, а швидше архаїчним. Віддаючи належну шану дослідженням попередніх поколінь науковців у кримінально-правовій доктрині, вважаємо, що цей підхід абсолютно не відповідає викликам і завданням, на вирішення яких має бути спрямоване кримінальне право, а саме ефективному захисту прав людини.

Ключові слова: *принцип пропорційності, система правил, підстава кримінаналізації, методологічний підхід, правообмеження, балансування.*

Постановка проблеми. Проблематика криміналізації діяння (далі – криміналізація, встановлення кримінально-правової заборони), її підстав і принципів (далі – ідея, засада, основа) є однією з найбільш малодосліджених у вітчизняній та іноземній кримінально-правовій доктрині. Слушним видається твердження Ніни Першак про те, що «існує значна диспропорція у кількості книг, присвячених темі призначення покарання та криміналізації діяння, не на користь останньої» [26, с. 5]. Такий стан дослідження видається доволі парадоксальним з урахуванням того, що «теорія

криміналізації є однією з основних теорій кримінального права поряд із теоріями кваліфікації злочинів, пеналізації та призначення покарання» [4, с. 2].

Відсутність єдиного концептуального розуміння поняття та принципів криміналізації у доктрині кримінального права має наслідком виникнення цілком послідовних проблем у правотворчій діяльності. До таких можна віднести непослідовну та хаотичну кримінально-правову політику у сфері криміналізації, надмірну криміналізацію (англ. *overcriminalization*), наявність прогалин і неузгодженостей у законі про кримінальну відповідальність [32, с. 209]. Використання державою в особі законодавця криміналізації як первинного інструменту реагування та врегулювання (лат. *primum remedium*) соціальних конфліктів, загроз і небезпек є негативним явищем. Сьогодні в умовах міжнародної тенденційності до гуманізації кримінально-правової політики такий стан речей можна розцінювати як маркер неефективності самої кримінально-правової політики певної держави та виконання нею своїх позитивних зобов'язань щодо належного забезпечення реалізації та захисту прав і свобод людини. Вищенаведене твердження обґрунтоване насамперед тим, що встановлення кримінально-правової заборони повинне бути останнім засобом (англ. *last resort*, лат. *ultimum remedium*), який реалізовує законодавець із метою охорони певних суспільних відносин.

Постановка завдання. Безсумнівним є твердження про те, що «криміналізація – це насамперед політичний процес; процес, у якому світ політики шляхом реалізації кримінально-правової політики проникає у світ права та який може і повинен, незважаючи ні на що, керуватися правовими принципами, правилами та стандартами» [26, с. 5]. Як відомо, принципи права у кожній галузі права є тими основоположними засадами, які відображають, як методологічно в межах певної галузі повинні врегульовуватися певні суспільні відносини. Якщо визначати криміналізацію як *ultima ratio* повноваження держави в охороні суспільних відносин, то визначення її методологічних основ окреслює змістові межі реалізації цього повноваження державою, позаяк розуміння природи криміналізації та її змістовних засад дозволить визначити конкретні принципи, яким підпорядковується цей процес, і встановити правила або ж стандарти, що випливають із принципів. Дотримання таких засад є свідченням здійснення криміналізації як *ultimum remedium*, а не політичним інструментом, який використовується державою всупереч правам людини. Враховуючи це, аналіз принципів криміналізації є особливо актуальним у сучасній доктрині кримінального права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз підстав криміналізації діянь у кримінально-правовій доктрині було здійснено у працях А.Д. Антонова [3], Д.О. Балабанової [4], П.С. Дагеля [16], Г.А. Злобіна [9; 16], С.Г. Келіної [16], О.І. Коробєєва [12], В.М. Кудрявцева [16], Н.Ф. Кузнєцової, Н.А. Лопашенко [14, с. 105–128], В.О. Навроцького, А.Д. Нєчаєва [15, с. 100–124], О.М. Яковлєва та ін. Реалізацію принципів криміналізації у контексті криміналізації окремих діянь досліджували: О.О. Дудоров [8] і М.І. Хавронюк [7, с. 464–472, 705–718, 833–836, 895–898], А.В. Губанов [6], В.О. Єгорова, Д.В. Кірік [31], С.Г. Кулик [13], О.В. Попович [32], Є.В. Пилипенко [17], Т.В. Столяр [20], М.І. Фіалка, О.М. Храмцов, В.В. Чайка та ін. Окрім того, у більшості дисертаційних досліджень, що стосуються кримінально-правової характеристики ознак окремих злочинів, міститься окремий розділ про підстави криміналізації того чи іншого діяння. Незважаючи на відносну розробленість тематики криміналізації діянь, змістові засади криміналізації ніколи не ставали об'єктом спеціального дослідження ні у радянській, ні у пострадянській доктрині кримінального права.

Варто зауважити, що у доктрині кримінального права неодноразово було констатовано: питання підстав, передумов і принципів криміналізації, їхня класифікація та зміст [29, с. 72], а також їхнє співвідношення належать до числа дискусійних [7, с. 52; 14, с. 91; 17, с. 248; 19, с. 137; 30, с. 247]. Відсутність консенсусу у базових питаннях у цій проблематиці опосередковано впливає на розуміння самого змісту поняття криміналізації та ускладнює її дослідження [29, с. 68–69; 34, с. 75].

Окрім того, варто звернути увагу на загальнотеоретичну проблему, яка також спричиняє плюралізм підходів у розумінні принципів криміналізації. Йдеться про гносеологічно-герменевтичні детермінанти, зокрема різнобій у кримінально-правовій доктрині щодо форми поняття та його змісту, як наслідок, змістовно ідентичні принципи по-різному визначаються, і навпаки [7, с. 52; 14, с. 91; 30, с. 247]. Враховуючи необхідність належної реалізації повноваження криміналізації державою, а саме криміналізації як ефективного правого інструментарію захисту прав людини та інтересів суспільства шляхом створення кримінально-правової заборони, актуальність

дослідження сформованих вище питань є як ніколи актуальною у вітчизняній доктрині кримінального права [4, с. 148; 13, с. 133; 17, с. 247].

Виклад основного матеріалу дослідження. Щоб зрозуміти значення принципу пропорційності у криміналізації діяння, необхідно спершу розкрити етимологію поняття принципу загалом. За сучасним тлумачним словником української мови «принцип» – це особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чогось; основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напряму [28]. Із вищенаведених тлумачень дозволимо собі зробити висновок, що єдине поняття чи явище, маючи за основу різні принципи, отримає різне змістове наповнення та позначатиме різні явища. Таким чином, принципи криміналізації відображають зміст поняття криміналізації як процесу та межі її здійснення. Також зміст принципу криміналізації є не абсолютно визначеним і змістовно непорушним, а швидше певним оптимумом, яким необхідно керуватися законодавцю при встановленні кримінально-правової заборони та відповідності з яким необхідно прагнути.

Враховуючи це, необхідно почати нашу розвідку з аналізу того, як саме визначали принцип криміналізації у радянській доктрині кримінального права, аби окреслити доктринальну спадщину, а також його розуміння у сучасній вітчизняній доктрині, щоб визначити стан і перспективи дослідження принципів.

У радянській кримінально-правовій доктрині поняття принципу криміналізації було введено в науковий обіг Г.А. Злобіним [9, с. 106; 15, с. 100]. Принцип криміналізації здебільшого визначають як певний критерій (Г.А. Злобін, С.Г. Келіна, Є.В. Прись), правило (Н.А. Лопашенко) або ж ідею (Н.А. Бєляєв), якою повинен керуватися законодавець у процесі криміналізації, щоб «встановити необхідну й ефективну кримінально-правову заборону» [14, с. 105]; «науково обґрунтовано та свідомо застосувати загальні правила та критерії оцінки допустимості й доцільності кримінально-правової новели» [16, с. 207–208].

Варто зауважити, що у вітчизняній доктрині кримінального права немає уніфікованого тлумачення поняття криміналізації, про що неодноразово наголошувалося як у радянській [16, с. 18], так і у сучасній вітчизняній доктрині [8, с. 51; 34, с. 75]. Здебільшого криміналізація визначається як результат і процес [8, с. 51], підпорядкований низці принципів, сформованих у певну систему. За наслідками проведеного аналізу можна узагальнити, що в межах вищезгаданого розуміння криміналізації в доктрині є дві групи розробок щодо принципів криміналізації та їх системи [32, с. 210; 31, с. 151]. Враховуючи змістову логіку аргументації кожного з підходів, назвемо їх класифікаційним і некласифікаційним підходами, їх детальніший аналіз буде здійснено нами далі.

У межах згаданого вище варто наголосити, що дискурс у вітчизняній кримінально-правовій доктрині щодо тлумачення принципів криміналізації та їх системи притаманний виключно державам пострадянського простору. У цьому аспекті можна стверджувати, що навіть сучасні вітчизняні розробки у доктрині кримінального права детерміновані саме радянською доктриною. Аналізуючи досвід країн непострадянського простору (країн-членів Європейського Союзу, Сполучених Штатів Америки та країн Азії), доводиться констатувати відсутність доктринальних розробок у царині принципів криміналізації у такому ключі [24; 25]. До прикладу, у Фінляндії єдиним принципом криміналізації є принцип охорони правових благ, що включає в себе «принцип балансування позитивних і негативних наслідків криміналізації; принцип *ultima ratio*, тобто криміналізація певної поведінки як крайній спосіб протидії їй, а також принцип поваги до гідності людини та принцип вини» [15, с. 109]. Таким чином, у непострадянській доктрині права дослідники визначають один принцип криміналізації або декілька, виводячи з нього певні деталізуючі правила та складники, залишаючи поза увагою формування систем принципів чи формування підходів до їх класифікацій.

У межах цієї розвідки автор ставить собі за мету: по-перше, критично проаналізувати «класичні» напрацювання у царині принципів криміналізації та їх системи у вітчизняній кримінально-правовій доктрині, наслідком чого має стати потенційна ідентифікація принципу пропорційності у межах як класифікаційного, так і некласифікаційного підходу; по-друге, відчуваючи гостру необхідність виходу за межі парадигми радянського права, спробуємо обґрунтувати більш модерний підхід до розуміння процесу криміналізації та його методологічної основи.

Отже, почнемо наше дослідження з аналізу класифікаційного підходу, згідно з яким дослідники визначають загальну систему принципів криміналізації, виділяючи в ній певні підсистеми принципів, сформовані за певним критерієм (О.О. Дудоров, Р.Б. Осокін, В.І. Курляндський, П.С. Дагель, Г.А. Злобін, С.Г. Келіна, А.Д. Антонов,

А.І. Коробєєв, О.М. Храмцов, А.В. Шеслер та ін.). Враховуючи таку методологію побудови системи принципів криміналізації, дозволимо собі назвати цей підхід класифікаційним, оскільки важливим для дослідника при ідентифікації самих принципів криміналізації та формування їх системи є саме певний критерій. Цей підхід у вітчизняній доктрині права сьогодні сприймається як традиційний [9, с. 108; 16, с. 210], тобто такий, який є загальноприйнятим та усталеним. Це має наслідком значну поширеність його застосування у сучасних кримінально-правових розвідках, присвячених тематиці реалізації принципів криміналізації у встановленні кримінальної відповідальності за окремі діяння [29; 30; 32].

У межах класифікаційного підходу традиційними є такі критерії класифікації принципів криміналізації: об'єктивні та суб'єктивні принципи криміналізації (П.С. Дагель); соціальні, соціально-психологічні та системно-правові (Г.А. Злобін, С.Г. Келіна); критерії, пов'язані з характером суспільної небезпеки та не пов'язані з нею (В.І. Курляндський); загальноправові та кримінально-правові принципи криміналізації (Д.А. Зиков, Л.М. Прзументов, А.В. Шеслер) та ін. У межах кожного критерію, що є підставою для класифікації, науковці виділяють різні підгрупи принципів, які деталізують критерій. До прикладу, в межах об'єктивного та суб'єктивного критерію виділяють підгрупи принципів, що деталізують кожен із них. Доктринальна проблема полягає в тому, що формування підгруп принципів є здебільшого авторським, оскільки залежить від того, як тлумачить науковець той чи інший критерій. Наслідком відсутності уніфікованого розуміння ключових понять і їх розмежування є алогічне формування самих підсистем принципів, а це спричиняє наявність великої кількості змістовно схожих, проте ззовні відмінних класифікацій принципів, практичне значення яких можна поставити під сумнів.

Звичайно, можна заперечити вищезгадану тезу, зазначивши, що такий стан речей цілком може бути закономірним наслідком динамічності розвитку системи принципів, гнучкістю суб'єктивних категорій у праві чи еволюцією доктринального підходу, оскільки принципи не є певними надпозитивними категоріями, як вже було попередньо зазначено. Проте, як контраргумент, можна також зауважити, що згаданий вище наслідок іманентно притаманний будь-якій системі, сформованій у межах класифікаційного підходу, оскільки він випливає насамперед із суб'єктивності як виділення основного критерію та самого формування підгрупи принципів [15, с. 102–104]. Враховуючи це, така суб'єктивність не є реакцією на динамічні зміни в суспільстві, внаслідок яких доктринальні вчення про принципи та їхні системи модернізуються. Більше того, принципи криміналізації не є застиглою категорією, проте їм притаманна певна стабільність у тлумаченні їх змісту, тому їх розуміння не може аж надто динамічно змінюватися.

Таким чином, виникає цілком закономірне питання: якщо однаковий класифікаційний критерій приводить дослідників до формування відмінних підсистеми принципів криміналізації, то: по-перше, яка практична доцільність розробки такого підходу; по-друге, чи сам критерій є об'єктивним? Класифікаційний підхід, безсумнівно, є відображенням панування консервативного підходу у сучасному кримінальному праві, зокрема відображенням замкнутості вітчизняної доктрини кримінального права. На нашу думку, практичне значення розробки підсистем принципів для процесу правотворення однозначно можна поставити під сумнів у зв'язку з надмірною теоретизацією принципів і складністю її уніфікації.

Для наочності сформованих вище аргументів пропонуємо: по-перше, проаналізувати розроблену в межах класифікаційного підходу «класичну» систему принципів криміналізації, зокрема розроблену Г.А. Злобіним і С.Г. Келіною [9, с. 108–109], по-друге, спробувати відшукати принцип пропорційності у вищезгаданій системі принципів криміналізації діянь. Варто зауважити, що саме запропонована вищезгаданими науковцями система принципів є класичною та лягла в онову всіх подальших класифікацій у межах цього підходу.

Отже, розроблена Г.А. Злобіним і С.Г. Келіною система принципів включала в себе чотири підсистеми принципів, такі як: перша – соціальна необхідність; друга – соціально-психологічна адекватність; третя – політична допустимість, доцільність; четверта – логіко-юридична адекватність норми. Потім ця класифікація була дещо ними модифікована, зокрема перші три групи принципів були об'єднані у «соціальні та соціально-психологічні принципи криміналізації», метою яких було відображати необхідність, доцільність криміналізації та забезпечувати її адекватність за певних соціальних умов; четверта група принципів була модифікована у «системно-правову групу принципів», завданням якої є встановлення відповідності криміналізації Конституції держави та міжнародно-правовим

нормам [17, с. 249], наявній системі норм кримінального права, пропорційності санкції та економії репресії, ненадмірності кримінально-правової заборони [4, с. 147; 16, с. 210; 20, с. 227; 22, с. 21; 23, с. 159].

Перш ніж ідентифікувати місце принципу пропорційності у системі принципів криміналізації, сформованої Г.А. Злобіним і С.Г. Келіною, варто коротко окреслити, що саме розуміє автор цього дослідження під принципом пропорційності у криміналізації. На нашу думку, принцип пропорційності є принципом кримінального права, якому притаманна двоїста природа, оскільки цей принцип є водночас: принципом правообмеження, мета якого – встановити розумне співвідношення між легітимним обмеженням прав людини, котрого вона зазнає внаслідок криміналізації діяння, та метою, яку необхідно досягти, застосовуючи таке обмеження, зокрема захист певних благ, реагування на небезпечні прояви людської поведінки і т. д.; принципом балансування, метою якого є дотримання балансу між приватними та публічними інтересами внаслідок криміналізації діяння [33, с. 104–105]. У контексті вищенаведеного варто також згадати розроблені в доктрині права та правозастосовній практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) складники принципу пропорційності: належність, необхідність і розумність [2, с. 81–88; 10, с. 61; 25, с. 33].

Міркуючи в межах змістових складників принципу пропорційності та беручи до уваги елементи системи принципів криміналізації, розробленої Г.А. Злобіним і С.Г. Келіною, можна дійти висновку, що принцип пропорційності є єдиним основоположним принципом встановлення кримінально-правової заборони. Повертаючись безпосередньо до аналізу класифікаційного підходу Г.А. Злобіна та С.Г. Келіної, враховуючи вищенаведені зауваги до змісту принципу пропорційності, логічно зробити висновок, що змістовно запропонована ними система принципів криміналізації складалася з окремих складників принципу пропорційності. До прикладу, принцип соціальної необхідності у криміналізації кореспондує необхідності як складовій частині принципу пропорційності у криміналізації діянь; принцип соціально-психологічної адекватності кореспондує розумності як складовій частині принципу пропорційності у криміналізації; принцип політичної допустимості, доцільності та логіко-юридичної адекватності норми кореспондує складовій частині принципу пропорційності у криміналізації. Усі принципи, що входять до групи соціальних і соціально-психологічних принципів криміналізації, по суті розкривають зміст принципу пропорційності. Окрім того, якщо аналізувати системно-правову групу принципів, то вимога ненадмірності кримінально-правової заборони є також вимогою використання державою криміналізації діяння як *ultimum remedium* і відображенням пропорційності обмеження прав і свобод людини та балансування інтересів приватних і публічних.

Таким чином, логічним є висновок, що в межах класифікаційного підходу змістовно фрагментовано та деталізовано окремі складники принципу пропорційності. Отже, визначати місце принципу пропорційності як цілісного принципу видається не те, що не доцільним, а неможливим з огляду на формальні закони логіки. Враховуючи це, дозволимо собі стверджувати, що саме принцип пропорційності є тією єдиною основоположною засадою криміналізації як процесу, а запропоновані науковцями підсистеми принципів є зовсім не принципами, а швидше можуть розцінюватися як деталізуючі правила, які випливають зі змісту принципу пропорційності.

Повертаючись до етимології поняття принципу як «особливості, покладеної у здійснення чого-небудь», мусимо зауважити, що принцип криміналізації – це наскрізна ідея, яка визначає зміст процесу криміналізації як виключного повноваження держави, що повинне використовуватися нею з метою захисту прав і свобод людини та дотримання балансу між приватним і публічним благом. Слушним є твердження про те, що «повноваження криміналізувати певні види людської поведінки – це виключне повноваження, яке відображає наші цінності» [26, с. 6], оскільки криміналізація дозволяє стигматизувати в суспільстві певні види поведінки та загалом обмежити людську свободу. З огляду на це складно уявити, що процес криміналізації підпорядкований величезній групі принципів, як от соціальним принципам, соціально-психологічним і т. д. Очевидно, що вживання поняття «принцип» є не зовсім коректним у цьому контексті. Тому варто детальніше проаналізувати співвідношення понять «принцип», «підстава» та «передумова криміналізації».

Здебільшого у вітчизняній доктрині кримінального права під підставою криміналізації розуміють «те, що створює дійсну потребу в кримінально-правовій новелі», «внутрішню необхідність кримінально правової норми» [28, с. 72; 31, с. 151]. У сучасному тлумачному словнику

української мови поняття підстава тлумачиться як «те головне, на чому базується, основується що-небудь». Таким чином, загальнопоширене розуміння відповідає етимології слова, оскільки підстава криміналізації, на нашу думку, є основним чинником (фактором, умовою), який свідчить про об'єктивну можливість криміналізації. Проте, аналізуючи доктрину, можна спостерігати синонімічне вживання слів «критерій», «принцип», «правило» [9, с. 110; 29, с. 72]; «правило», «принцип», «умова», «передумова» [30, с. 247], «підстава» і «чинник» [29, с. 72]; «фактор» і «принцип» [31]. Наприклад, Є.В. Пилипенко виділяє як одну з передумов криміналізації помірність позитивних і негативних наслідків криміналізації, неможливість вирішення питання відповідальності в межах інших галузей законодавства, а як один із принципів – відсутність надмірності заборони [30, с. 248]. Всупереч вищенаведеному підходові О.В. Попович, Д.В. Кірік визначають саме як принцип помірність позитивних і негативних наслідків криміналізації та неможливість вирішення питання відповідальності в межах інших галузей законодавства. Таким чином, різні підходи до тлумачення вищезгаданих понять мають наслідком плюралізм висновків дослідників щодо системи принципів криміналізації у межах класифікаційного підходу навіть при формуванні підгрупи принципів у межах одного критерію [3; 17, с. 248]. Окрім того, дослідники, формуючи свої підсистеми, інколи змішують принципи криміналізації та її підстави, а також кримінологічні фактори, які мають братися до уваги у процесі криміналізації, та інші детермінанти криміналізації.

Варто зауважити, що існування підстави криміналізації ще не означає автоматичну криміналізацію певного діяння, оскільки для того, щоб діяння було криміналізоване, необхідно враховувати його зумовленість, беручи до уваги саме принципи криміналізації. Це зумовлено тим, що криміналізація, як вже було зауважено вище, є політичним процесом, окресленим рамками права та правовими ідеями, а також нормами моралі та традицій суспільства.

Не вдаючись у нашому дослідженні до аналізу підстав для криміналізації, все ж окреслимо найбільш поширені з них: суспільну небезпеку діяння (Н.А. Лопашенко, Є.В. Пилипенко), суспільну шкідливість, завдання шкоди і т. д. Автор статті погоджується із критикою використання ознаки суспільної небезпеки як підстави для криміналізації діяння (Д.С. Азаров, В.В. Шаблистий), вважаючи цю ознаку також прикладом впливу радянської доктрини права на сучасну науку. Вважаємо, що підстава криміналізації – це об'єктивна умова, яка відображає необхідність криміналізації, а принцип криміналізації – це ідея, що визначає методологію оцінки тієї чи іншої підстави криміналізації та визначає можливість, необхідність і доцільність криміналізації діяння.

Проаналізувавши ключові проблемні аспекти класифікаційного підходу до розуміння системи принципів криміналізації у доктрині кримінального права, спробуємо проаналізувати інший традиційний підхід у межах доктрини країн пострадянського типу, назвемо його некласифікаційним. У межах некласифікаційного підходу виділяють загальну систему принципів, не об'єднуючи їх у змістові підсистеми (С.А. Борсученко, С.В. Борисов, Ю.І. Битко, В.В. Лунєв, Н.А. Лопашенко, І.Д. Мальцагов, Ю.А. Митюкова, В.Н. Кудрявцев та ін.). З аналізу розроблених систем принципів криміналізації у межах некласифікаційного підходу можна стверджувати, що принцип пропорційності, не будучи фактично артикульованим у цих підходах, все-таки наявний тією чи іншою мірою у системах цих принципів.

Наприклад, принцип пропорційності, або ж його складники, у криміналізації діянь вбачається у таких принципах, або ж підставах, як: принцип необхідного та достатнього кримінально-правового захисту (П.В. Жестеров, О.Д. Балабанова (принцип) [4, с. 148]); принцип неможливості та неефективності боротьби іншими або більш м'якими заходами (О.Д. Балабанова (підстава) [4, с. 147], Г.А. Злобін [9, с. 241], В.Н. Кудрявцев, В.В. Лунев, П.Л. Фріс (підстава) [22, с. 25]); принцип можливості позитивного впливу кримінально правової норми на суспільні відносини (М.Т. Гігінейшвілі, Е.В. Епіфанова, Н.А. Лопашенко, Ю.А. Митюкова); принцип ненадмірності кримінально-правової заборони (М.Т. Гігінейшвілі, Е.В. Епіфанова, Н.А. Лопашенко, Ю.А. Митюкова, Є.В. Пилипенко, О.Д. Балабанова (підстава) [4, с. 147], П.Л. Фріс); принцип переважання позитивних наслідків криміналізації (М.Т. Гігінейшвілі, Е.В. Епіфанова, Н.А. Лопашенко, Ю.А. Митюкова, Т.В. Столяр, С.Г. Кулик [13, с. 131]).

На нашу думку, некласифікаційний підхід є більш прийнятним із практичного погляду для законодавця у процесі криміналізації, оскільки його внутрішня логіка є більш проста, відсутність «надбудов» систем принципів робить їх більш зрозумілими. Проте у межах некласифікаційного

підходу наявна аналогічна проблема, притаманна класифікаційному підходу, а саме змішування підстави та принципу криміналізації та інших кримінологічних детермінант. Окрім того, якщо детальніше проаналізувати вищезгадані принципи або ж підстави криміналізації, то можна дійти висновку, що вони є відображенням двоїстої природи принципу пропорційності у криміналізації діянь. Позаяк кожен із вищенаведених принципів є певною мірою або принципом правообмеження, або принципом балансування. Наприклад, як принцип правообмеження можна розглядати принцип ненадмірності кримінально-правової заборони; як принцип балансування – переважання позитивних наслідків криміналізації; принцип неможливості та неефективності боротьби іншими або більш м'якими заходами. Таким чином, усі вищеперераховані принципи, або ж підстави (залежно від підходу вищезгаданих дослідників) відображають тією чи іншою мірою зміст принципу пропорційності. З огляду на наведене вище слушною видається позиція О.О. Дудорова, що «незважаючи на істотно різні підходи до систематизації правил, які висуваються до криміналізації діянь, за змістом вони значною мірою збігаються, тобто відповідні дискусії мають не стільки змістовий, скільки термінологічний характер» [8, с. 52].

Висновки. Проаналізувавши вияви принципу пропорційності у криміналізації діянь у межах класифікаційного та некласифікаційного підходів, можна дійти висновку, що принцип пропорційності, хоча й може не бути безпосередньо названим дослідниками, проте опосередковано згадується у всіх системах принципів: від класичних до більш сучасних. Визначаючи принцип як ідею, яка окреслює діяльність законодавця у сфері встановлення кримінально-правової заборони, вважаємо, що основоположним принципом криміналізації є саме принцип пропорційності, оскільки тільки цей принцип відображає природу повноваження держави у сфері криміналізації як *ultimum remedium*. У наявних доктринальних розробках систем принципів криміналізації фактично фрагментовані або окремі складники принципу пропорційності, або його двоїста природа. Проте визначені системи принципів фактично є не принципами, а змістовими складниками принципу пропорційності або правилами, що випливають із його змісту, внаслідок чого саме формування систем принципів криміналізації є штучним і практично недоцільним.

Стан дослідження системи принципів криміналізації у вітчизняній доктрині права значною мірою детермінований напрацюваннями радянської доктрини. З огляду на це завданням сучасної кримінально-правової доктрини є критичне переосмислення радянської та вихід за межі окресленої нею «системи координат» у дослідженнях цієї проблематики. Застосування класифікаційного підходу у вивченні реалізації принципів криміналізації у процесі встановлення певної кримінально-правової заборони видається не те, щоб консервативним, а швидше архаїчним. Віддаючи належну шану дослідженням попередніх поколінь науковців у кримінально-правовій доктрині, вважаємо, що цей підхід абсолютно не відповідає викликам і завданням, на вирішення яких має бути спрямоване кримінальне право, а саме ефективному захисту прав людини.

Список літератури:

1. Азаров Д.С. Кримінальна та адміністративно-деліктна відповідальність. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2018. Т. 2. С. 99–109.
2. Альбрехт П.-А. Забытая свобода. Принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности. Москва, Одесса : Астропринт, 2006. 159 с.
3. Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации : дис. … канд. юрид. наук. Москва, 2001. 182 с.
4. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеська національна юридична академія. Одеса, 2007. 17 с.
5. Бытко Ю.И. Криминализация как важнейшая составляющая уголовном политики. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2016. № 6 (113). С. 127–135.
6. Губанова А.В. Дотримання принципів криміналізації при встановленні кримінальної відповідальності за ст. 203–1 КК України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка.* 2010. Вип. 4. С. 144–152.
7. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право : навчальний посібник / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2014. 944 с.
8. Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ : Ваіте, 2017. 872 с.
9. Злобин Г.А. Некоторые теоретические вопросы криминализации общественно опасных деяний. *Проблемы правосудия и уголовного права* / под ред. А.М. Ларина и др. Москва : Изд-во ИГиП АН СССР. 1978. С. 102–119.

10. Коэн-Элия М. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни. *Сравнительное конституционное обозрение.* 2011. № 3. С. 59–81.

11. Коржанский М.Й. Концепція розвитку законодавства України в умовах формування нової структури права. *Концепція розвитку законодавства України* : матеріали наук.-практ. конф. (Київ, травень 1996 р.). Київ, 1996. С. 61–63.

12. Коробеев А.И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации. Владивосток : Дальневост. ун-т, 1987. 268 с.

13. Кулик С.Г. Соціальна зумовленість криміналізації злочинів проти моральності. *Держава та регіони. Серія : Право*. 2013. № 2 (40). С. 129–135.

14. Лопашенко Н.А. Уголовная политика. Москва : Волтерс Клувер, 2009. 579 с.

15. Нечаев А.Д. Концептуальные основы и теоретическое моделирование криминализации и декриминализации : дисс. … канд. Юрид. наук : 12.00.08. ФГБОУ ВО Саратовская государственная юридическая академия. 2017. 331 с.

16. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация : монография / В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев, Г.А. Злобин. Москва : Наука, 1982. 303 с.

17. Пилипенко Є.В. Урахування принципів криміналізації під час установлення кримінальної відповідальності за перешкоджання законній діяльності. *Порівняльно-аналітичне право*. № 5. 2015. С. 247–250.

18. Прысь Е.В. Принципы криминализации и декриминализации деяний в экономической сфере. *Юридическая наука и правоохранительная практика*. № 2 (32). 2015. С. 75–79.

19. Сабитов Т.Р. Принципы криминализации и пенализации общественно опасных деяний. *Вестник Новосибирского государственного университета. Серия : Право.* 2011. Т. 7. № 1. С. 135–142.

20. Столяр Т.В. Криміналізація умисного вбивства та умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження в разі перевищення меж необхідної оборони. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. № 1 (98). 2016. С. 222–234.

21. Тихонов В.И. Принцип справедливости в уголовном праве и его содержание. *Вестник Удмуртского университета*. 2017. Т. 27. № 6. С. 145–149.

22. Фріс П.Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2014. № 1 (2). С. 19–28.

23. Храмцов О.М. Наклеп у кримінальному праві: ща та проти (соціальний та правовий аспект). *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право».* Вип. № 17. 2014. С. 158–161.

24. Dennis J. Baker. The Harm Principle vs. Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation. *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2008. № 33. P. 66–99.

25. Christoffersen J. Fair balance – a study of proportionality, subsidiarity and primarity in the european convention on human rights. URL: http://nijhoff online.nl/id=nij9789004170285_nij9789004170285_i-6704.

26. Persak N. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts. 2007. 139 p.

27. Youngjae Lee. What is philosophy of criminal law? *Criminal law and philosophy.* URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189821.

28. Словник української мови : в 11 т. Київ : Наукова думка. Т. 7, 1977.

29. Матвійчук В.К. Проблема криміналізації та декриміналізації діянь проти навколишнього природного середовища. *Юридична наука.* 2013. № 4. С. 67–81.

30. Кірік Д.В. Основні принципи криміналізації злочину, передбаченого статтею 209 Кримінального кодексу України. *Правничий вісник Університету «Крок»*. С. 149–157.

31. Попович О. Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110-2 КК України). *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 4. С. 209–214.

32. Прозументов Л.М. Основание криминализации (декриминализации) деяний. *Вестник Томского государственного университета. Право*. 2014. № 4. С. 81–91.

33. Шевченко С.В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія : Юридичні науки.* 2019. Т. 30 (69). № 1. С. 103–109.

34. Чорна О.В. Кримінальна відповідальність за невиконання рішення суду у кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2019. 230 с.

Shevchenko S.V. PLACE OF PROPORTION PRINCIPLE IN THE SYSTEM OF CRIMINALIZATION PRINCIPLES

In the article it is analyzed controversial issues within criminalization principles. It is given critical analysis of classification and non-classification approaches to formation of system of criminalization principles. It is determined how each of these approaches affects the definition of proportionality principle. It is outlined

arguments in favor of abandoning classification approach to formation of system of criminalization principles. It is proved that proportionality principle is a fundamental principle of criminalization. Since in existing systems of criminalization, it is actualized either individual components of proportionality principle or its dual nature.

Problem of criminalization, its grounds and principles is one of the most poorly researched in domestic and foreign criminal law doctrine. Lack of common conceptual understanding of criminalization principles concept in doctrine of criminal law results in quite consistent problems in law-making. For instance, inconsistent and chaotic criminal policy in criminalization, overcriminalization, existence of loopholes and inconsistencies in laws on criminal liability, etc.

Usage by a state of criminalization as the primary tool for responding and resolving social conflicts, threats and dangers is rather a negative phenomenon. Nowadays within international trends towards the humanization of criminal law policy, such approach can be regarded as a marker of the inefficiency of the criminal law policy of state. If criminalization is defined as the ultima ratio of state's authority in protection of public relations, definition of its methodological foundations determines meaningful boundaries of the state's authority. Thus, understanding of the nature of criminalization and its substantive foundations will allow to determine the specific principles that govern this process and establish rules or standards arising from the principles. Compliance with such principles is evidence of criminalization as an ultimum remedium and that it is not a political tool used by state contrary to human rights.

Given this, the analysis of criminalization principles is especially relevant in the modern doctrine of criminal law. State of research about system of criminalization principles in domestic doctrine of law is largely determined by the researches developed in Soviet doctrine of law. Taking the above mentioned into consideration, the task of the modern criminal law doctrine is to rethink critically the Soviet doctrine of law and go beyond the boundaries of outlined system within this doctrine. Application of classification approach in criminal law researches on the implementation of criminalization principles in process of establishing a specific criminal law prohibition seems not to be conservative but rather archaic. Giving due respect and honor to research of previous generations of scientists in the criminal law doctrine, the author believe that this approach does not correspond to new challenges and tasks that criminal law must be aimed to resolve, for instance, effective protection of human rights.

Key words: *proportionality principle, system of rules, ground for criminalization, methodological approach, legal restrictions, balancing.*