

## СУСПІЛЬНА НЕБЕЗПЕКА ЗЛОЧИНУ ТА АНАЛОГІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ (ретроспективний погляд у ХІХ–ХХ століття)

*У статті зроблено спробу довести наявність тісного зв'язку між існуванням у Кримінальному кодексі УСРР 1922 р. та в його відредагованому варіанті 1927 р. матеріального визначення злочину, в основу якого було закладено категорію суспільної небезпеки, та застосуванням кримінального закону за аналогією, що слугувала утвердженню диктатури пролетаріату. Висловлюється гіпотеза про необхідність виключення ознаки суспільної небезпеки з чинного законодавчого визначення поняття «злочин» і доцільності перебудови наявної системи диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності з використанням чітких формалізованих критеріїв.*

**Ключові слова:** злочин, суспільна небезпека злочину, тяжкість злочину, формальне визначення злочину, матеріальне визначення злочину, аналогія кримінального закону.

У багатьох публікаціях минулого століття проголошувалося, що законодавче закріплення так званої матеріальної ознаки злочину стало мало не найголовнішим досягненням науки «радянського соціалістичного кримінального права», яке є значно прогресивнішим за «буржуазну» кримінально-правову доктрину. Мабуть, немає потреби докладно переповідати дискусію навколо поняття суспільної небезпеки та способів її оцінки, яка з різною інтенсивністю точиться близько століття. Утім, ці суперечки не сприяли формулюванню якогось єдиного розуміння згаданої категорії. На мою думку, набагато важливіше простежити, коли і яким чином суспільна небезпека стала однією з центральних категорій, навколо якої побудовано сучасне українське кримінальне законодавство.

За свідченням А. Ф. Кістяковського, у вітчизняних законах «нового часу» (йдеться, очевидно, про ХІХ ст.) існувало два види визначень поняття злочину – формальне і «по внутрішньому содержанию»: «В 1-й статі XV тома Свода Законів издания 1832 и 1842 г. преступлением называется всякое деяние, запрещенное законом под страхом наказания. В Уложении 1845 и 1857 г. преступление определяется как нарушение закона, которое включает в себе посягательство на неприкосновенность прав Власти Верховной и установленных Ею властей или же на права или безопасность общества, или частных лиц (ст. 1). В новой редакции Уложения о наказаниях, издания 1866 г., наш законодатель вернулся к определению преступления, принятому в Своде»<sup>1</sup> [1, с. 267]. Визначення

поняття «по внутрішньому содержанию» важко визнати суто матеріальним (у сучасному розумінні), адже в ньому закладено ознаку протизаконності посягання. Цю ознаку визначено доволі чітко, на відміну від розпливчастої характеристики, що вказує на антисоціальну спрямованість посягання – важко сказати, які сфери суспільного життя вона не охоплювала<sup>2</sup>.

Таким чином, законодавець Російської імперії недовго експериментував з визначенням, у якому окрім протиправності злочину вказується на об'єкт посягання. Уже у 1885 р. ст. 1 Уложенія о наказаниях уголовных и исправительных було передбачено, що «преступлением или проступком признается как самое противозаконное деяние, так и неисполнение того, что под страхом наказания законом предписано» [2].

---

українською мовою не перекладались, а передавались за допомогою сучасної української абетки (приміром, А. Ф. Кістяковський, Н. С. Таганцев). Так само передавались назви нормативно-правових актів (наприклад, «Уложеніє о наказаниях уголовных и исправительных»).

<sup>2</sup> Принагідно зазначу, що в статтях 1 і 2 «Уложенія» 1845 р. [20] використовуються два різних поняття – злочину та проступку. Злочини – це діяння проти «неприкосновенности прав Власти Верховной и установленных Ею властей или же права или безопасности общества, или частных лиц», а проступки – це «нарушение правил, предписанных для охранения определенных законами прав и общественной или же личной безопасности или пользы». Фактично згадані види правопорушень розрізнялись за об'єктом посягання [21, с. 164]. Однак аналіз формулювань переконує, що вони не повною мірою були придатні для розмежування цих двох класів посягань. Така ситуація де-факто існувала до прийняття Уголовного уложенія 1903 р. Так, у прообразі сучасного науково-практичного коментаря, виданого Н. С. Таганцевим у 1886 р., зазначено: «Слова “преступление” и “проступок”, употребляемые в различных статьях уложения, не противопологаются друг другу, так как закон не дает им значения строго определенных терминов, а нередко употребляет их безразлично, для обозначения всякого рода преступных деяний» [2, с. 1].

<sup>1</sup> Текст цитат наводиться відповідно до сучасних орфографічних правил. Прізвище, ім'я, по батькові та відповідні ініціали, що в першоджерелах наведено російською мовою,

Підготовка оновленого кримінального законодавства (Уложенія 1885 р.) передбачала переклад найбільш відомих тогочасних кодексів країн Західної Європи. Було зроблено та опубліковано переклад «Венгерского уголовного уложения о преступлениях и проступках» [3, с. 3], «Германского уголовного уложения» [3, с. 113], «Бельгийского уголовного уложения» [3, с. 213], «Французского уголовного уложения» [3, с. 353], «Проекта Общей части Итальянского уложения» [3, с. 481]. Можна здогадатися, що в жодному з цих документів не було закріплено матеріального визначення поняття «злочин» («проступок» та/чи «порушення»). В угорському законі [3, с. 3] та проекті італійського закону [3, с. 481] прямо вказувалося на протиправність кримінальних посягань, а в законодавстві Німеччини [3, с. 113], Бельгії [3, с. 353] та Франції [3, с. 481] робився акцент на тому, що за посягання застосовуються лише ті покарання, які передбачено в законі.

Чинний КК України є наступником КК УРСР 1960 р. та радянських актів кримінального законодавства, які діяли ще раніше. Останні відомою мірою пов'язані з кримінальним законодавством Російської імперії, а тому посилена увага до нього є зрозумілою (особливо якщо додати сюди порівняну доступність російськомовних джерел та відсутність необхідності послуговуватися невідомими іноземними мовами). Утім, цей факт навряд чи може слугувати виправданням тому, що історична складова сучасних українських кримінально-правових досліджень зводиться зазвичай до аналізу пам'яток права саме Російської імперії та більш давніх правових документів (Литовські Статути, Руська Правда тощо). Нерідко забувається, що значні за обсягом території сучасної України перебували у складі інших держав, тут діяли нормативно-правові акти, вивчення яких може примусити вітчизняних дослідників по-новому подивитися на російське, а особливо на радянське кримінальне законодавство.

У другій половині XIX – першій половині XX ст. українські землі перебували у складі різних держав – Австрійської імперії, Австро-Угорської імперії, Румунії, Чехословаччини та Польщі. Мені не вдалося знайти жодного закону значених держав, у якому було закріплено матеріальне визначення злочину. Навпаки, положення, передбачені §§ 56, 238 Кримінального кодексу Австрійської імперії 1852 р.<sup>3</sup> [4], § 1

<sup>3</sup> У цьому контексті не можу не згадати захищену у 2014 р. кандидатську дисертацію М. Ю. Шуп'яни на тему «Система покарань за австрійським кримінальним кодексом 1852 р. та практика їх застосування у Східній Галичині». Висновки, викладені в дисертації, за твердженням автора, зроблено «після фахового перекладу і ґрунтовного аналізу норм цього кодексу» (с. 59). Однак

Угорського Кримінального кодексу 1878 р. [5], арт. 1 Кримінального кодексу Румунії 1936 р. [6], арт. 1 Кримінального кодексу Польщі [7], свідчать, що законодавець цих країн обстоював формальний підхід до визначення поняття «злочин».

В останньому кримінальному кодексі Російської імперії – Уголовному уложенію 1903 р. – також було закріплено формальне поняття злочинного діяння, що ґрунтувалося на ознаці протиправності: «Преступным признается деяние, воспрещенное, во время его учинения, законом под страхом наказания» [8]. На мою думку, є достатньо підстав вважати, що в процесі підготовки Уложенія в авторів не виникало сумнівів щодо використання саме формального підходу до формулювання поняття злочину. На користь такого висновку свідчать кілька обставин, що випливають з коментарів безпосереднього учасника підготовки, видатного російського вченого Н. С. Таганцева. По-перше, вчений зазначає, що наведене визначення поняття «злочинне діяння» було однаковим в усіх проектах Уложенія<sup>4</sup> і не зазнавало змін [8, с. 1]. По-друге, коментуючи ст. 1 Уложенія, він особливо відзначає причини, які підштовхнули авторський колектив до пропозиції закріпити поняття «злочинне діяння» в законі, а також «сохранить в законе определения некоторых условий преступности, которые не упоминаются в новейших западноевропейских кодексах, а предоставляются разработке в науке и практике» [8, с. 1]. Розглядаючи згадані «условия преступности», науковець повністю обійшов увагою матеріальну властивість злочину і жодним чином не поставив під сумнів правильність використання в законі саме формального поняття. У першому ж абзаці коментаря до ст. 1 Уложенія науковець чітко розставляє акценти: «...определения теоретических оснований виновности, ее признаков, видов, вообще установление отдельных понятий и институтов уголовного права, относясь к научной обработке права, должны бы найти себе место в учебниках

їхній зміст викликає певний сумнів. Зокрема, мені не вдалося знайти в Кримінальному кодексі Австрійської імперії 1852 р. положень, які могли дозволити дисертанту стверджувати, що в цьому акті «під тяжким злочином <...> розуміли суспільно небезпечне діяння...» (с. 59), а під «нетяжким (звичайним) злочином» та «проступком» – «суспільно шкідливе» діяння (с. 60) (курсив мій. – Д. А.). Автор дослідження не послалася на жодну конкретну статтю, положення якої переконали б в обґрунтованості подібних тверджень. Якщо такі висновки є результатом тлумачення тексту кодексу, то вони могли би сприйматися за умови, аби автор якимось чином роз'яснила хід своїх міркувань та навела аргументи на користь зроблених висновків. Однак у дисертації подібних пояснень немає.

<sup>4</sup> Науковець згадує три проекти: «проект редакционной комиссии», «проект, представленный в Госуд. Совет министром юстиции и председателем редакционной комиссии» та «проект особого совещания при Государственном Совете» [8, с. 1].

и комментариях, но не в уголовном уложении» [8, с. 1].

Після 1917 р. в тій частині України, яка входила до складу УНР та ЗУНР, в основному продовжувало діяти попереднє законодавство. Менш передбачуваною була ситуація на територіях, підконтрольних радянській владі. Якими тільки органами тоді не приймалися кримінальні закони: і з'їздами рад, і Радою народних комісарів, і Військово-революційним комітетом, і навіть наркоматами. Як тільки ці акти не називалися: і декретами, і законами, і постановами, і зверненнями, і навіть інструкціями та наказами [9, с. 32].

У багатьох радянських кримінальних законах того часу не було чітких диспозицій, а санкції нерідко належали до абсолютно невизначених (наприклад, горезвісне «карається за всією суворістю революційних законів») [9, с. 40]. «Вибір конкретного виду покарання і визначення його розміру цілком залежав від правосвідомості і “революційної совісті” суддів. “Революційна совість” суддів у той час виступала як основний і вирішальний чинник при визначенні покарання» [9, с. 42]. Таке «правове» свавілля гегемона не могло не відбитися на змісті майбутніх актів кримінального законодавства. Класичне *nullum crimen sine lege* було відкинуто, формальну ознаку злочину визнано пережитком буржуазного минулого та передбачено можливість застосування кримінального закону за аналогією.

Радянський законодавець побудував законодавчу дефініцію поняття злочину на понятті суспільної небезпеки. Відтак, згідно зі ст. 6 Кримінального кодексу Української СРР 1922 р. злочинном визнавалася будь-яка суспільно небезпечна дія чи бездіяльність, що загрожувала основам радянського ладу та правопорядку, встановленому робітничо-селянською владою на перехідний до комуністичного ладу період часу [10]. Отже, злочином визнавалося діяння, яке мало бути суспільно небезпечним та характеризуватися визначеною в законі антисоціальною спрямованістю.

У КК УСРР у редакції 1927 р. не існувало окремої статті, яка передбачала поняття злочину. У ст. 1 цього Кодексу злочинами іменувалися суспільно небезпечні діяння; зазначалося також (ст. 3), що суспільно небезпечним (злочинним) діянням визнавалася будь-яка дія чи бездіяльність, що загрожує радянському ладу чи порушує правопорядок, встановлений владою робітників та селян на перехідний до комуністичного ладу період часу [11].

Як впливає з наведеного положення, підходи до визначення поняття злочину в основному не змінилися. Однак певні відмінності все ж

існують: 1) у КК 1922 р. йшлося про загрозу *основам* радянського ладу і правопорядку, а в наступній редакції КК (1927 р.) було вказано на радянський лад та правопорядок *загалом*; 2) з формулювання 1922 р. впливало, що спрямованість діяння проти основ радянського ладу і правопорядку розглядалася як самостійна ознака злочину, тоді як у редакції 1927 р. така ознака втратила самостійність та розглядалася як прояв, сутність суспільної небезпеки.

Мабуть, саме відтоді мало не в кожній книжці кримінально-правової тематики можна було натрапити на твердження про те, що радянський законодавець, на відміну від буржуазного, усвідомлює істинну сутність злочину і саме її відобразив у легальному визначенні. Так, в одному з перших коментарів радянського кримінального законодавства зазначалося: «Иностранное уголовное законодательство определяет преступление формально, т.е. определяет преступление как действие, за которое в законе установлено наказание, не поясняя при этом, о каких именно действиях идет речь. Ст. 6 [КК РСФСР 1926 р. – Д. А.], напротив, дает материальное определение преступления: она указывает конкретные признаки преступления как действия или бездействия, направленного против советского строя или правопорядка, установленного на переходный к коммунистическому строю период» [12, с. 8]. Ось так вичерпне коло діянь, яке окреслюється за допомогою формального визначення поняття злочину, оголошується розпливчастим, і навпаки – вжиті в кримінальному законі невизначені поняття на кшталт «общественно опасное деяние» та «правопорядок, установленный Рабоче-Крестьянской властью» видаються за однозначні, що нібито дозволяють чітко встановити, яке діяння слід вважати злочином, а яке – ні.

Водночас у літературі (в тому числі сучасній) якось оминається увагою питання: з якою метою було легалізовано матеріальне поняття злочину? Для чого відмовилися від ознаки протиправності злочинного діяння на користь абсолютно не визначеної категорії суспільної небезпеки? Невже «місія» цієї ознаки обмежується демонстрацією антисоціальної сутності злочину?

Лише на перший погляд пропагандистське значення матеріального визначення поняття «злочин» може видаватися основним. Утім, коріння цього законодавчого рішення, на мою думку, знаходиться значно глибше – у функціональному навантаженні цієї дефініції. Її системно-функціональний аналіз переконує, що *основною функцією матеріального визначення поняття «злочин» було забезпечення можливості застосування кримінального закону*

*за аналогією.* Саме для запровадження аналогії і отримання можливості карати за вчинення широкого, чітко невизначеного кола діянь *радянський законодавець «забуває» про те, що злочин має бути протиправним діянням, а натомість визнає суспільну небезпеку наріжною, визначальною ознакою злочину, що дозволяє застосовувати закон практично до будь-яких правопорушень.*

Можливість застосування кримінального закону за аналогією було прямо передбачено ст. 10 КК УСРР 1922 р. та ч. 2 ст. 7 КК УСРР у редакції 1927 р. Як «працювала» аналогія на практиці? Могло бути кілька варіантів. Зокрема, на республіканському рівні Народний комісаріат юстиції УСРР визнавав певні діяння суспільно небезпечними та визначав статтю КК, за якою мала наставати кримінальна відповідальність, наприклад: «Учитывая, что санитарные меры здравоохранения населения, а в особенности борьба с эпидемиями, в настоящее время имеют важное значение, нужно рассматривать случай самовольного оставления медработниками работы во время эпидемий как деяние социально опасное. <...> Медработники, самовольно оставляющие работу во время эпидемий, подлежат уголовной ответственности по ст. 99 Уголовного кодекса УССР» [13, с. 566–567]. Згадану статтею передбачалася кримінальна відповідальність службових осіб за невиконання службових обов'язків або недбале чи несумлінне ставлення до них [11]. Аналізованим рішенням Народного комісаріату юстиції УСРР дію цієї статті було за аналогією поширено не лише на службових осіб, а й на будь-яких медичних працівників.

На місцевому рівні кримінальний закон застосовувався за аналогією безпосередньо при розгляді певної справи. Наприклад, пунктом «в» ст. 180 КК УСРР 1922 р. передбачено відповідальність за крадіжку коней та великої рогатої худоби в землеробів [10]. Губернські суди застосовували зазначене положення кримінального закону за аналогією у випадках вчинення крадіжок коней чи худоби в осіб, які не були землеробами [14, с. 648–649].

Загальновідомо, що через протиправність як ознаку злочину значною мірою реалізується принцип *nullum crimen sine lege*. Одночасне збереження такої ознаки та існування аналогії в кримінальному законі неможливе. До речі, прихильники аналогії тоді не заперечували, що «...отрицание аналогии есть признание принципа *nullum crimen sine lege*» [15, с. 203]. Відповідно, вони мали усвідомлювати й те, що існування аналогії – це заперечення зазначеного

принципу. Ось, наприклад, один із тогочасних доводів на користь існування аналогії кримінального закону: «Как нам кажется, при решении вопроса об аналогии следует исходить из того, что законодатель не может предусмотреть все составы преступлений. <...> На одной из московских фабрик имел место случай, когда рабочий <...> перевел в общежитии часы на два часа назад, и на следующий день на работу опоздало около двадцати человек. Такое действие также не предусмотрено никакой статьей уголовного кодекса, а между тем оно безусловно должно было влечь за собой уголовную ответственность» [15, с. 204]. Неможливо встановити, виходячи з яких критеріїв автори «безумовно» вважали переведення годинника в гуртожитку та запізнення на роботу суспільно небезпечним діянням, адже жодних, чітко визначених критеріїв, за якими встановлювалась наявність такої небезпеки, тоді не було (щоправда, немає й досі). Навряд чи потрібно наводити багато доводів на користь очевидного факту, що в радянській та пострадянській науці кримінального права не було й немає усталеного підходу до встановлення характеру та ступеня суспільної небезпеки, визначення кола ознак, які її обумовлюють. Наведу лише один із прикладів, що видається показовим. У третьому томі Енциклопедії кримінального права одночасно викладено два абсолютно різних розуміння поняття суспільної небезпеки. Більш поширений підхід описано Н. Ф. Кузнєцовою [16, с. 52], оригінальну трактовку запропоновано І. Я. Гонтарем [16, с. 31].

Важко знайти хоча б одну сучасну публікацію або видання, що вийшло друком у другій половині ХХ ст., де б поруч із висвітленням сутності суспільної небезпеки розглядалася справжня історія її появи в радянському кримінальному законодавстві. Між тим, на початку ХХ ст., коли часто згадували диктатуру пролетаріату і все, що з нею пов'язано, ця історія не приховувалась. Так, у 1924 р., коли вже діяли перші радянські кримінальні кодекси, А. А. Піонтковський писав: «...Неизвестно, в какие формы выльется классовая борьба с потерпевшей господство буржуазией и ее классовыми попутчиками, поэтому неизвестен и круг преступного, соответствующий классовым интересам пришедшего к власти пролетариата. Неизвестны и конкретные формы борьбы с преступностью, соответствующие пролетарскому правосознанию и образующейся новой общественной формации – диктатуры пролетариата» [17, с. 16–17]. І далі: «...Буржуазия старается прикрыть классовый характер своего права вообще и уголовного права в частности, чтобы путем затуманивания

сознания эксплуатируемых обеспечит устойчивость системы эксплуатации, а пролетариат в этом не нуждается и открыто выставляет классовый характер своего права вообще и уголовного права в частности» [17, с. 18]<sup>5</sup>. Очевидно, на думку радянських учених, саме сповідування принципу *nullum crimen sine lege* та використання формального підходу до формулювання дефініції поняття злочину «затуманивало сознание», тоді як «открытость классового характера» проявлялась в аналогії кримінального закону.

Таким чином, законодавче визнання ознаки суспільної небезпеки як основної ознаки злочину фактично стало засобом запровадження аналогії кримінального закону. Імовірно, саме потребами аналогії (читайте – класової боротьби) пояснюються доволі розмиті межі багатьох складів злочинів та нечіткі формулювання окремих статей Особливої частини кримінального законодавства, традиційно широкі санкції та гіпертрофована суддівська дискреція.

Відтоді більшість радянських учених, яка не могла не забезпечувати ідеологічні потреби «панівного класу», намагалась якось виправдати аналогію. Науковці наполегливо переконували один одного, студентів та суспільство загалом у тому, що матеріальна ознака злочину є найважливішою (порівняно з формальною ознакою, на яку спираються представники «буржуазного» кримінального права) і саме через це прогресивний радянський законодавець передбачив її в законі, бо він, законодавець, бачить саму сутність злочину як класового явища. Коли в 60-х роках в усіх республіках СРСР ухвалювали останні радянські кримінальні кодекси, аналогії позбавилися, а от повернутися до формального визначення злочину після масової агітації на користь матеріального, звісно, не змогли. Відтак з'являється формально-матеріальне визначення злочину, яке, на думку «класиків», є набагато кращим за формальний підхід до такого визначення, що панує в «буржуазному» кримінальному праві.

Автори більшості сучасних російських підручників докладають багато зусиль, аби переконати читачів у перевагах чинного визначення поняття «злочин» перед його формальним варіантом. Чимало уваги приділяється й ознаці суспільної небезпеки як основній ознаці злочину, яка відбиває його соціальну природу. Цікаво,

<sup>5</sup> А. А. Піонтковський у подальшому змінив своє ставлення до аналогії кримінального закону та почав виступати проти її існування [15, с. 203]. Не можна виключати, що зміна поглядів радянського професора обумовлена, з-поміж іншого, тим, що у 1937 р. його рідного брата було розстріляно за участь у контрреволюційній організації (див.: [https://ru.wikipedia.org/wiki/Пионтковский,\\_Сергей\\_Андреевич](https://ru.wikipedia.org/wiki/Пионтковский,_Сергей_Андреевич)).

що найбільш розлога агітація супроводжується зазвичай посиленням на праці дореволюційних учених. Іноді доходить до тверджень, що перші радянські кримінальні кодекси написано в традиціях дореволюційного російського кримінального законодавства [16, с. 50]. Здебільшого цитують Н. С. Таганцева, якого намагаються зачислити до апологетів закріплення в законі матеріального визначення поняття злочину. Як аргумент використовують відому фразу, що кочує з підручника в підручник: «Преступление есть деяние, посягающее на юридическую норму в ее реальном бытии» [16, с. 49–50; 18, с. 73]<sup>6</sup>.

Нині часто ігнорується, що дореволюційні вчені могли одночасно послуговуватися кількома різними визначеннями поняття «злочин». Сучасні автори нерідко цитують те визначення, яке краще годиться для обґрунтування їхньої позиції, і при цьому вони не завжди подають оригінальний контекст, що може не «грати» на користь обстоюваної ними точки зору. Так, у 1875 р. Н. А. Неклюдов відзначав, що на той час існувала велика кількість визначень поняття злочину, які, на його думку, можна було поділити на позитивні та наукові. Позитивні визначення він поділяв на формальні та матеріальні. За формальним визначенням злочином було все те, що заборонено законом під загрозою покарання, а в матеріальному перераховувались *також* об'єкти, проти яких спрямовується посягання<sup>7</sup>. Наукові визначення вчений теж розмежував: у визначеннях першого роду за вихідну точку бралася воля, тому злочином визнавався будь-який вияв злої волі; в інших визначеннях – порушення правових відносин, а тому злочином визнавалося правопорушення [19, с. 13–14].

Поданий ретроспективний аналіз дає змогу сформулювати кілька висновків.

1. Після 1917 р. на територіях, підконтрольних радянській владі, аналогія кримінального

<sup>6</sup> Тут важко втриматися від кількох застережень. По-перше, абсолютно незрозуміло, про які традиції йдеться (невже традиції встановлення аналогії кримінального закону)? По-друге, доволі важко встановити, яким чином наведена фраза може свідчити про те, що Н. С. Таганцев вважав за доцільне закріпити в законі матеріальне визначення злочину. По-третє, задовго до того часу, як наведена фраза стала часто використовуватися спершу в радянських, а потім у російських підручниках, на неї послався А. А. Піонтковський, згадуючи Н. С. Таганцева разом з К. Біндінгом, Ф. фон Лістом, Н. Д. Сергеевським як авторів формальних визначень поняття злочину [17, с. 8].

<sup>7</sup> Важливо особливо підкреслити дві обставини. По-перше, Н. А. Неклюдов відзначив, що матеріальні визначення ґрунтувались не лише на ознаці, що позначає соціальну спрямованість посягання. Ця ознака не була самостійною, а з'являлася поруч з ознакою протиправності. По-друге, в тодішніх матеріальних визначеннях вказувалися об'єкти, на які могло здійснюватися посягання. Очевидно, що будь-який перелік таких об'єктів не може вважатися тотожним поняттю «суспільної небезпеки», розвинутому в радянському кримінальному праві.

закону була потрібна для утвердження диктатури пролетаріату, коментувати «досягнення» якої вважаю зайвим.

2. Застосування кримінального закону за аналогією було би неможливим у разі, якщо б радянський законодавець не відійшов від усталеного на той час формального визначення злочину.

3. В основу матеріального визначення було покладено абсолютно невизначену категорію суспільної небезпеки, що дозволяло визнавати злочином будь-яке діяння, що з точки зору «революційної правосвідомості» загрожувало «радянському ладу чи порушувало правопорядок, встановлений владою робітників та селян на перехідний до комуністичного ладу період часу».

4. Існує нерозривний зв'язок між аналогією кримінального закону (в розумінні, закріпленому в КК УСРР 1922 р. та його оновленій редакції 1927 р.) та законодавчим закріпленням суспільної небезпеки як єдиної (або основної) ознаки злочину.

Трансформація матеріального визначення поняття злочину у формально-матеріальне, що відбулася з прийняттям КК УРСР 1960 р., та виключення норм, що прямо передбачали можливість застосування кримінального закону за аналогією, не означає, що кримінальний закон перестав слугувати тим самим цілям, що й раніше. Досягнення зазначених цілей тепер відбувалося не за рахунок аналогії як такої, а завдяки не визначеним чітко, надто широко описаним складам злочинів, широким санкціям, майже безмежній судовій дискреції. Видається, що саме аналогія, а точніше її збереження в латентному вигляді, стало причиною існування цих негативних рис у радянському кримінальному праві. У багатьох публікаціях останніх років привертається увага до аналогічних чи подібних хиб сучасного вітчизняного законодавства. Не можна виключати, що їхнє коріння теж заховано в аналогії кримінального закону, яка ще зовсім недавно (лише 55 років тому) існувала в нашій державі.

Наведене породжує серйозні сумніви в раціональності перетворення суспільної небезпеки на наріжну категорію кримінального законодавства, від суб'єктивної оцінки якої наразі залежить майже будь-яке рішення в кримінально-правовій сфері<sup>8</sup>. Однак обгрунтування

<sup>8</sup> Суспільну небезпеку втілено в категорії тяжкості злочину. З одного боку, типова тяжкість злочину є найпотужнішим засобом диференціації кримінальної відповідальності, від неї залежить призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, судимість тощо. З іншого – індивідуальна тяжкість визначає індивідуалізацію відповідальності. Від неї залежить

цих сумнів потребує аргументів, які неможливо вмістити в цю публікацію (йдеться, зокрема, про доведення відсутності однозначного сприйняття категорії суспільної небезпеки в науці та на практиці, встановлення значення цієї категорії для диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності, виклад результатів порівняльно-правового дослідження). Тому наразі маю право говорити лише про гіпотетичну доцільність виключення ознаки суспільної небезпеки з легального визначення поняття «злочин». Суспільна небезпека як здатність діяння заподіювати чи створювати загрозу заподіяння шкоди, безумовно, є основною матеріальною властивістю злочину незалежно від того, чи закріплено таку властивість у законі. Однак, на мою думку, цей закон слід будувати на значно формалізованіших категоріях, в основу яких слід закладати, зокрема, результати наукових досліджень суспільної небезпеки окремих видів злочинів.

Замість епілогу – кілька рядків з наукового доробку А. Ф. Кістяковського: «Положительные законы должны быть чужды определенным философских. Место последних в теоретических трактатах. Уголовный закон есть регистрация того, что народ и его представитель – законодатель – считают дозволенным и недозволенным, действием правомерным или преступлением. Не дело закона философствовать и рассуждать. Он может давать только повеления и предписывать готовые формулы. Что такое преступление по своей сущности, по каким внутренним причинам и основаниям то или другое деяние должно быть признано преступлением – решают эти вопросы дело ученого и за ним законодателя. Поэтому если в ученом трактате сказано, что преступление есть посягательство на неприкосновенность прав и безопасности общества, такое определение, обставленное потребными объяснениями, будет и понятно и уместно, и обладать будет известной определенностью. Но если закон даст подобное определение, то оно кроме запутанности и замешательства понятий, ничего другого этим не внесет в практику» [1, с. 267–268].

призначення покарання, а так само звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування тощо. Послугуючись категорією суспільної небезпеки (індивідуальної тяжкості злочину), законодавець, з одного боку, наділив суди мало не безмежною дискрецією, а з іншого – майже нанівець звів принцип правової визначеності в кримінальному праві, у багатьох випадках позбавив пересічного громадянина (науковця та практика дещо меншою мірою) можливості чітко передбачати кримінально-правові наслідки того чи іншого діяння.

### Список літератури

1. Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права съ подробнымъ изложениемъ Начал Русскаго Уголовнаго Законодательства. Часть Общая / А. Ф. Кистяковский. – Второе испр. и значительно дополненное издание. – К. : Тип. И. и А. Давиденко, 1882. – 930 с.
2. Уложение о наказанияхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1885 г. Издано профессоромъ Императорскаго училища правовѣдѣнія, почетнымъ членомъ Университета св. Владимира Н. С. Таганцевым. Издание пятое, дополненное. – С.-Петербургъ : Тип. М. М. Стасюлевича, 1886. – 714 с.
3. Матеріали для пересмотра нашего уголовного законодательства. Том первый, Уголовныя Уложения Венгрии, Германии, Бельгии и Франции и проектъ общей части итальянскаго уголовного Уложения. – С.-Петербургъ : Издание Министерства юстиции, 1880. – 513 с.
4. Strafrecht 1852 (Osterreich) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [https://de.wikisource.org/wiki/Strafrecht\\_1852\\_\(Osterreich\)](https://de.wikisource.org/wiki/Strafrecht_1852_(Osterreich)) (дата звернення: 01.06.2015). – Назва з екрана.
5. A magyar büntető törvénykönyv a büntetékéről és vétségekről [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.1000ev.hu/index.php?a=3&param=5799> (дата звернення: 01.06.2015). – Назва з екрана.
6. Codul Penal din 1936 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lege.ro/Gratuit/heztqnu/codul-penal-din-1936> (дата звернення: 01.06.2015). – Назва з екрана.
7. Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Poz.: 571-z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks Karny [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://isap.sejm.gov.pl/Download?id=WDU19320600571&type=2> (дата звернення: 01.06.2015). – Назва з екрана.
8. Уголовное уложение. 22 марта 1903 г. Съ мотивами, извлеченными изъ объяснительной записки редакционной комиссии, представления Мин. Юстиции въ Государственный Совѣтъ и журналовъ – особаго совѣщанія, особаго присутствія департаментовъ и общаго собранія Государственнаго Совѣта. – С.-Петербургъ : Издание Н. С. Таганцева, 1904. – 1125 с.
9. Чуваков О. А. Кримінальне право в Україні (1917–1922 рр.) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Чуваков Олег Анатолійович. – Одеса, 2003. – 195 с.
10. Уголовный кодекс У.С.С.Р., утвержденный В.У.Ц.И.К 23 августа 1922 г. – Х. : Изд-е Наркомюста У.С.С.Р., 1922. – 100 с.
11. Уголовный кодекс УССР в редакции 1927 года. Текст с постановленными разъяснениями из циркуляров и постановлений Наркомюста и Верх. Суда УССР и определений УКК Верховного Суда УССР (по 1 июля 1927 г.) и сопоставительной таблицы статей УК старой и новой редакции и алфавитно-предметным указателем / сост. И. И. Курицкий, Л. А. Гиммельфарб, Н. И. Шихмантер. – Х. : Юрид. изд-во НКЮ, 1927. – 322 с.
12. Трайнин А. Уголовный кодекс РСФСР. Комментарий / А. Трайнин, В. Меньшагин, З. Вышинская ; под ред. И. Т. Голякова. – М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. – 338 с.
13. Об ответственности медицинских работников за самовольное оставление работы во время эпидемий : постановление Народного комиссариата юстиции УССР от 17 октября 1931 г. // Борьба с преступностью в Украинской ССР : в 2 т. Т. 2 / автор очерка и сост. сборника документов П. П. Михайленко. – К. : Киевская высшая школа МООП СССР, 1967. – 952 с.
14. О краже лошадей у неземледельческого населения : циркуляр Верховного Суда УССР № 29 от 25 июня 1924 г. // Борьба с преступностью в Украинской ССР : в 2 т. Т. 2 / автор очерка и сост. сборника документов П. П. Михайленко. – К. : Киевская высшая школа МООП СССР, 1967. – 952 с.
15. Шаргородский М. Д. Курс уголовного права. Т. 3 : Уголовный закон / М. Д. Шаргородский. – М. : Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. – 238 с.
16. Энциклопедия уголовного права. Т. 3 : Понятие преступления / И. Я. Гонтарь, И. А. Зинченко, А. П. Козлов [и др.]. – СПб. : Изд. проф. Малинина, 2005. – 522 с.
17. Пионтковский А. А. Уголовное право РС.Ф.С.Р. Общая часть / А. А. Пионтковский. – М. : Госиздат, 1924. – 235 с.
18. Российское уголовное право : в 2 т. Т. 1 : Общая часть / Г. Н. Борзенков, Л. В. Иногамовой-Хегай, В. С. Комиссаров [и др.] ; под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, В. С. Комиссарова, А. И. Рарога. – М. : Проспект, 2011. – 528 с.
19. Неклюдов Н. А. Общая часть уголовного права (конспект) / Н. А. Неклюдов. – С.-Петербургъ : Тип. П. П. Меркульева, 1875. – 192 с.
20. Уложение о наказанияхъ уголовныхъ и исправительныхъ. – С.-Петербургъ : Въ Типографіи Втораго Отдѣленія Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, 1845. – 898 с.
21. Российское законодательство X–XX веков. Т. 6 : Законодательство первой половины XIX века. – М. : Юрид. лит., 1988. – 432 с.

D. Azarov

## SOCIAL DANGER OF CRIME AND THE USE CRIMINAL LAW BY ANALOGY (retrospective view at the XIX–XX centuries)

*This paper sets out the framework of study of legal and historic connections between the notion of “crime”, enshrined in the Soviet Criminal Code of 1922 and 1927 and based on the notion of “public danger”, and the application of Soviet criminal law by analogy as a tool to achieve the ultimate objective of the dictatorship of proletariat. It is proposed to exclude the notion of “public danger” from the scope of the legal notion of “crime” in contemporary Ukrainian criminal law. It is advocated the restructuring the system of differentiation and individualization of criminal liability in Ukraine using clear formal criteria.*

**Keywords:** crime, public danger, severity of crime, formal definition of crime, material definition of crime, application in criminal law.

Матеріал надійшов 15.07.2015