

УДК 343.211.4

Михайло Кондра,*аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ІДЕНТИЧНОСТІ: АНАЛІЗ КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена з'ясуванню значення терміно-поняття ідентичності, зокрема, у кримінальному праві України. Для цього використовується аналіз такого значення крізь призму принципу рівності у кримінальному праві України, в результаті чого зроблені висновки, які відображені у цьому дослідженні.

Ключові слова: принципи кримінального права, ідентичність, рівність, цілі сталого розвитку, диференціація, криміналізація, декриміналізація, кримінально-правова кваліфікація.

Постановка проблеми. Зростання нерівності у світі, поряд із фундаменталізмом та поганою екологічною ситуацією, є однією з найбільших проблем сучасного людства. ООН у програмі «Цілі сталого розвитку 2016-2030» оголосила про необхідність скорочення нерівності всередині країн та між ними до 2030 року [1]. Нерівність є соціальним лихом, адже має руйнівні наслідки – бідність, скорочення тривалості життя, зростання злочинності. Різниця доходів між бідними і багатими вимірюється т. зв. «індексом Джині» (Gini index). Він показує прямий пропорційний зв'язок між цим індексом, тривалістю життя та рівнем злочинності й обернено пропорційний – із соціальною мобільністю (Тоні Джадт [2]). Тому мінімізація нерівності є одним з основних завдань, яке стоїть перед людством.

Стан дослідження. Відомі представники наукової спільноти світу [3] намагались дати відповідь на питання: в чому витоки нерівності між людьми та як її подолати, однак однозначно зробити це так і не змогли з об'єктивних причин. Роджерс Брубейкер та Фредерік Купер ґрунтовно дослідили проблему ідентичності, і їхня праця за результатами роботи є базовою для всіх подальших наукових праць [4]. На жаль, комплексних праць у сфері кримінального права, присвячених ідентичності, нам знайти не вдалося. Але окремі аспекти терміно-поняття ідентичності були предметом кримінально-правових досліджень, зокрема, вітчизняних науковців [5; 6; 7].

Метою дослідження є формулювання положень щодо значення ідентичності у кримінальному праві, зокрема, у зв'язку із принципом рівності.

Виклад основного матеріалу. Годі знайти більш амбівалентного терміно-поняття, ніж «ідентичність» (identity), яке має безпосереднє відношення до проблеми нерівності. Посягання на рівність завжди є посяганням на ідентичність і навпаки, адже дискримінація (неважливо – позитивна чи негативна) завжди означає надання певній одиниці особливих умов. Ідентичність є збірним означенням чогось колективного, а збірне означає об'єднане за певним критерієм, ознакою. Роджерс Брубейкер та Фредерік Купер у своїй відомій статті пишуть про те, що ідентичності є дуже чітким інструментом, часом зброєю, і якщо це і може бути нормою в політиці, то навряд чи це виправдовує підхід до ідентичності як головний спосіб описування реальності, до якого часто вдаються гуманітарії [4]. Ідентичність – це те, ким ми є чи ким хочемо бути. Узагальнення наукових результатів у розробленні вченими поняття «ідентичність» дає підстави говорити, що складниками цього терміно-поняття є: раса, етнос (народ), національність (нація), громадянство, релігія, гендер, соціальна група.

Однак головне питання полягає в тому, що лише раса може вважатися есенціалізованою ідентичністю, оскільки є вродженою і виражається в дуже конкретних, незалежних від людей обставинах – кольорі шкіри, очей, формі черепа і т. д. Інші ідентичності є змінними. Люди залежно від ситуацій можуть приймати різні ідентичності, часом останні можуть бути навіть взаємовиключними, але вони співіснують. Ідентичності є тільки масками. Це не реальні обличчя, а маски, які вдягають залежності від потреб, обставин і потім з тими масками існують. Ідентичності не є вроджені, і вони змінні. Вони сконструйовані та залежать від обставин. Для кримінального права це має важливе значення, адже від-

повідно до вимог, які висуваються до якості кримінального закону, зокрема, практикою ЄСПЛ, терміно-поняття, які вживаються у ньому, повинні бути чіткими, зрозумілими, доступними (*lex certa*) [8]. Тому правове розуміння ідентичностей у кримінальному праві має практичне значення.

Натомість рівність (*equality*) не означає тотожність (*sameness*), а означає відповідність. Правова рівність не означає математичну однаковість. Однак правова рівність означає застосування однакових критеріїв у вирішенні подібних юридичних питань чи оцінки подібних юридичних ситуацій. По суті, цей принцип є основою демократичного режиму держави, та, як писав Лешек Колаковський, «без нього ми скотилися б у варварство» [9]. Правова нерівність має різні прояви – від законодавчого закріплення привілеїв у правах для певної групи до встановлення, посилення/пом'якшення чи скасування відповідальності за протиправні дії, вчинені з певних мотивів. Останні прояви мають найтісніший стосунок до кримінального права, яке має своїм завданням, зокрема, правову охорону особи.

Значення ідентичності у криміналізації, диференціації та декриміналізації діяння

Слід звернути увагу, що як криміналізація, так і декриміналізація діянь, як повна, так і часткова, повинна здійснюватися з дотриманням відповідних принципів/підстав: виконання Українською державою вимог загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права; забезпечення державою захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, передбачених у розділі II Конституції України; посилення охорони певних правових ролей, визначених конституційними та органічними законодавчими положеннями; об'єктивно встановлена та науково підтверджена інтенсивність протиправної поведінки, що визначає поширеність, повторюваність, суспільну небезпечність протиправних діянь; діяння може бути криміналізовано, якщо боротьба з ним може стати ефективною і побічні негативні соціальні наслідки криміналізації не превалюватимуть над позитивними наслідками; не потребують криміналізації діяння, які хоча й обурюють громадську думку, але достатнім є захист від такого роду діянь за допомогою інших, більш адекватних, правових засобів (адміністративних, цивільно-правових, дисциплінарних); відповідний ступінь і характер суспільної небезпечки діянь, який характеризується їхньою здатністю заподіювати об'єктам кримінально-правової охорони істотну шкоду.

Ідентичність враховується законодавцем у криміналізації діяння в тому разі, коли

йдеться про посилення правової охорони окремих категорій осіб. І зазвичай ці випадки є соціально виправданими та відповідають іншим наведеним вище підставам криміналізації. Відомими є приклади історії, коли кримінально караним було лише вбивство білої людини, натомість заподіяння смерті людині з іншим кольором (особливо білою людиною) шкіри не було злочином. Встановлення кримінальної відповідальності за вбивство незалежно від расової ознаки є встановленням правової рівності, а посилення відповідальності за вбивство з расових мотивів є виправданим та ефективним.

Якщо певне діяння криміналізоване, то можлива і його диференціація. Остання можлива, зокрема, за двома ознаками, які стосуються ідентичностей – за суб'єктом складу злочину та потерпілим. За суб'єктом – наприклад, вчинення злочину військовослужбовцем, службовою особою, працівником правоохоронного органу і т. д. За потерпілим – наприклад, вчинення злочину щодо журналіста, державного чи громадського діяча і т. д. Зауважимо, що не завжди така диференціація є виправданою. Наприклад, спірним є доповнення розділу XV Особливої частини КК низкою статей, які передбачають відповідальність за злочини проти журналістів. Відзначимо, що загальною тенденцією розвитку кримінального законодавства є перехід від казуальності до загальних формулювань. Спроби дати вичерпні переліки неодмінно призводять до прогалин у кримінально-правовій охороні, а тому використання таких бланкетних ознак, як «працівник правоохоронного органу», та інших є виправданим адже вони не перенасичують текст кримінального закону, є стислими та відсилають до інших нормативних актів, які можуть бути (і це правильно) досить динамічними. На відміну від кримінального закону, який в ідеалі мав би бути стійким та змінюватися як останній засіб (*last resort*), коли в інший спосіб неможливо досягнути його завдань [10].

Окремо варто згадати про невдачу «криміналізацію» пропаганди комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та виготовлення/поширення їх символіки (ст. 436-1 КК), проведену законодавцем. Фахівцями у сфері кримінального права аргументовано, що насправді мала місце зайва диференціація кримінальної відповідальності та була невиправдана конкуренція кримінально-правових норм, які містять склади злочинів, передбачених новими статтями, із такими, що вже наявні у тексті КК. Це нагадує боротьбу з вітряками, адже інші правові засоби реагування

на ці негативні для суспільства явища не були вичерпані.

Нарешті, щодо декриміналізації діяння, то ідентичність враховується досить широко. Наприклад, відома для України зміна статей КК «під окремих конкретних осіб» чи історичний приклад із вилученням із тексту кримінального кодексу статей про антиреволюційну діяльність чи пропаганду, які застосовувались до «політично невігідних» категорій людей.

Значення ідентичності у призначенні покарання та кримінально-правовій кваліфікації

Так, чинний Кримінальний кодекс України враховує ті обставини, що злочини часто вчиняються шляхом або з метою посягання на ідентичність, і надає цій обставині правового значення. Наприклад, як обставина, що обтяжує покарання (вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату – п. 3 ч. 1 ст. 67 КК), як кваліфікуюча ознака складу злочину (діяння поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі – ч. 2 ст. 110 КК; з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості – п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 КК, та інші статті КК), як основний склад злочину (Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками – ст. 161 КК; ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію – ст. 300 КК, та інші статті КК), як спеціальний склад злочину (посягання на життя державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу <...> – статті 112, 348, 379, 400, 443 та інші статті КК).

У згаданому попередньо значенні ідентичності для диференціації кримінальної відповідальності показовим є приклад «боротьби» з корупцією за допомогою змін до тексту кримінального закону та викривлення цілого ряду інститутів кримінального права. Маємо на увазі заборону звільнення від кримінальної відповідальності, покарання, його відбування, звільнення від покарання з випробуванням та умовно-дострокове звільнення осіб, засуджених за корупційний злочин (корупціонерів). Це чіткий приклад того, як засобами кримінального права імітують боротьбу з вкрай негативним соціальним явищем та перетворення кримінального права із «останнього засобу» у ручний інструмент для політичних переслідувань. При цьому ігнорується те, що науковцями міжнародного визнання вже доведено, що

корупцію потрібно мінімізувати шляхом розриву зв'язку «влада=власність(ресурс)» та переведення суспільства із закритого у категорію відкритого доступу (Ернандо Де Сото [11], Девід Ландес [12], Дуглас Норт [13]).

Щодо найскладнішого питання, яке ставилось у цій науковій розвідці – як слід розуміти такі ідентичності, як раса, етнос (народ), національність (нація), громадянство, релігія, гендер, соціальна група (особливо крізь призму такого складника принципу законності кримінального права, як *lex certa*) – міркуємо таке. У кримінально-правовій оцінці скоєного на предмет того, чи вчинене діяння з расових, національних, релігійних чи інших мотивів або чи було воно спрямоване проти окремої етнічної групи чи нації, слід виходити із суб'єктивного ставлення особи, діяння якої кваліфікується, беручи до уваги об'єктивно вчинене особою. Це відповідатиме принципу суб'єктивного ставлення у вину та принципам законності й індивідуальності кримінально-правової кваліфікації. Шукати та спиратись на нормативні дефініції вказаних явищ марно, адже останні, крім раси, є змінними та динамічними. Виокремити чіткі ознаки, які б дозволили відрізнити «націю» від «етносу» чи «народу», складно, а відрізнити одну націю від іншої часто є майже неможливим завданням. Тому вихід із урахуванням суб'єктивного уявлення особи, яка вчинила діяння, вартий уваги. Певною мірою цей варіант перегукується з визначенням Ернеста Ренана, що «нація це щоденний плебісцит» [14], та тезою Бенедикта Андерсона про «нації як уявлені спільноти» [15].

Висновки

З огляду на наведене вище, можна сформулювати такі висновки: 1) нерівність, зокрема правова, є однією із найбільших проблем людства зараз та буде нею у майбутньому;

2) ідентичність – це гранично широке терміно-поняття, яке, однак, не порушує вимоги до чіткості та ясності кримінального закону;

3) для ефективнішої реалізації принципу рівності у кримінальному праві України та уникнення правових прогалин варто замінити переліки ознак, які стосуються ідентичності на терміно-поняття «ідентичність»;

4) ідентичність – це небезпечний «інструмент», який може служити як на благо завдань кримінального права України, так і на шкоду. Тому його варто використовувати дуже обережно, уникаючи політичної доцільності в такому процесі.

Список використаних джерел:

1. ООН. Цілі сталого розвитку 2016-2030 / ООН. 2016. URL: <http://www.un.org.ua/ua/tsili-rozvytku-tysiacholittia/tsili-staloho-rozvytku>.
2. Judt T. Ill Fares the Land. London: Penguin Press, 2010. 256 с. С. 15.
3. Judt T. Edge People. New York Review of Books, 2010. URL: <https://www.nybooks.com/articles/2010/03/25/edge-people/>.
4. Brubaker R., Frederick C. Beyond "Identity". Springer. 2000. № 29. С. 1–47.
5. Блага А., Уварова О. Права жінок. УГСПЛ. – 2017. URL: <https://helsinki.org.ua/prava-zhinok-blah-a-uvarova-o/>;
6. Головка Т.М. Гендерні аспекти покарання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2010. 190 с.
7. Панькевич В.М. Кримінально-правова характеристика порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право». Київ, 2010. 276 с.
8. Faure M. Goodwin M., Franziska W. The Lex Certa Principle in Criminal Law: Reconciling Economics and Human Rights? SSRN Electronic Journal. 2012. URL: https://www.researchgate.net/publication/256012631_The_Lex_Certa_Principle_in_Criminal_Law_Reconciling_Economics_and_Human_Rights.
9. Колаковський Л. У пошуках варвара. Aneks, 1984. URL: http://chtyvo.org.ua/authors/Kolakovskyi_Lieshek/U_poshukakh_varvara/.
10. Husak D. The Criminal Law As Last Resort. Oxford Journal of Legal Studies. – 2004. – Режим доступу до ресурсу: <https://academic.oup.com/ojls/article/24/2/207/1488648>.
11. De Soto H. The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else. Basic Books, 2003. URL: <https://yendieu.files.wordpress.com/2009/04/the-mystery-of-capital.pdf>.
12. Landes D. Norton W. The Wealth and Poverty of Nations: Why Some Are So Rich and Some So Poor. URL: https://tsu.ge/data/file_db/faculty_humanities/Landes%20%20The%20Wealth%20and%20the%20Poverty%20of%20Nations.pdf.
13. North D., Wallis J., Weingast B. Violence and social orders. Cambridge university press, 2009. URL: <https://favaretoufab.files.wordpress.com/2014/03/douglass-north-violence-and-social-orders.pdf>.
14. Renan E. What is a Nation? Presses-Pocket, 1992. URL: http://ucparis.fr/files/9313/6549/9943/What_is_a_Nation.pdf.
15. Andreson B. Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. Verso, 1983. URL: https://books.google.com.ua/books?id=4mmoZFtCpuoC&pg=PR3&hl=uk&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false.

Статья посвящена анализу значения термина-понятия идентичности, в частности, в уголовном праве Украины. Для этого используется анализ идентичности сквозь призму принципа равенства в уголовном праве Украины, в результате чего сделаны выводы, которые отражены в этом исследовании.

Ключевые слова: принципы уголовного права, идентичность, равенство, цели устойчивого развития, дифференциация, криминализация, декриминализация, уголовно-правовая квалификация.

In the article under consideration author analyzes meaning of the identity concept, particularly in Ukrainian criminal law. For this purpose, author uses such scientific methodology like analysis through the prism of the principle of equality in the criminal law of Ukraine, which results and conclusions describes in this article.

Key words: principles of criminal law, identity, equality, sustainable development, differentiation, criminalization, decriminalization, criminal qualification.