

### Summary

**Kovbasyuk S. V. Modern Interpretation of the Notion «Institutionalisation».** — Article.

In narrow sense institutionalisation is understood as a process of formalization, organization and legalization of social relations. In wide sense institutionalisation is typification of individuals' interaction, formal or informal organization of their activity. Institutionalisation in the legal sphere can be defined as formalization and organization of social relations, creation of organizational structures with the aim of regulation of human activity and social relations, their legalization. The result of this process is transformation of state and legal phenomena into steady system formations.

*Keywords:* institutionalisation, institution, formalization, legalization, typification, organization, social control.

УДК 343.2.01:801.73

*О. В. Козаченко*

### ГЕРМЕНЕВТИЧНИЙ ВИМІР КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

Герменевтичний вимір кримінального закону вимагає звернення до проблем інтерпретації нормативних положень, які знайшли своє втілення у нормативно-правових актах, що виступають джерелами кримінального права. Уявляється, що особливої уваги вимагає дослідження проблем тлумачення окремих категорій, які використовуються у чинному кримінальному законодавстві, оскільки категоріальний апарат виступає базовою ланкою не тільки змісту законодавства взагалі, але й обов'язковою умовою правильного його застосування.

Окремі елементи герменевтичного дослідження положень кримінального закону знайшли своє відображення в роботах багатьох представників кримінально-правової науки, зокрема Ю. Бауліна, В. Василяша, В. Грищука, В. Навроцького, Ю. Пономаренка, В. Тулякова, М. Хавронюка та інших науковців, однак предметом дослідження змістовної складової кримінального закону виступали або окремі інститути, або окремі положення законодавства, залежно від цілей, які були поставлені під час дослідження.

Метою даної публікації є аналіз деяких базових категорій кримінального закону на підставі їх герменевтичного дослідження та формулювання пропозицій щодо подолання існуючих суперечностей у використанні кримінально-правових категорій.

Дослідження категоріальних характеристик кримінального законодавства засвідчує, що сучасне кримінальне право не відзначається внутрішньою і міжгалузеву узгодженістю, що негативно впливає на практику його застосування. Такі неузгодженості набули системного характеру, знаходяться у герменевтичному колі і мають багаторівневий профіль.

До неузгодженостей на рівні базових положень кримінального закону можна віднести такі. По-перше, в ролі обов'язкової ознаки злочину визнається його суспільна небезпека, в той же час майже всі кримінальні покарання орієн-

товані на задоволення державних інтересів. Фактично тільки два інститути, які взагалі відносяться за галузевою належністю до кримінально-процесуального права, — цивільний позов і судові витрати, орієнтовані на відновлення прав потерпілої особи. При цьому законодавець навіть не намагається подолати вказану невідповідність, а навпаки, поглиблює існуючі суперечності. Зокрема, мова йде про прирівнення до заподіяної злочином шкоди витрат медичних установ на лікування потерпілої від злочину особи. А якщо врахувати, що більшість медичних установ є державними, то висновок більш ніж очевидний — такими змінами здійснюється захист саме держави, а не потерпілої особи. Принципово не виправляє ситуацію введення ст. 69-1 КК України, яка передбачає, за умови визнання особою своєї вини у вчиненні злочину та добровільне відшкодування заподіяної вчиненням злочином шкоди, обмеження покарання двома третинами від розміру найбільш суворого покарання. Таким чином, суспільна небезпека як ознака злочину не знаходить свого втілення під час пошуку адекватної відповіді на вчинений злочин, оскільки така відповідь обмежується виключно захистом державних інтересів і зводиться до відшкодування шкоди і збитків, заподіяних державі, а інтереси інших суб'єктів здебільшого ігноруються, або не отримують належної уваги. По-друге, значні проблеми виникають у зв'язку з паралельним використанням двох термінів — кримінальний закон та закон про кримінальну відповідальність. Вже ні в кого немає сумніву в тому, що «закон про кримінальну відповідальність» — це юридична фікція, використання якої немає ані теоретичного, ані практичного значення. Більш того, законодавець своїми новелами вказує на те, що чинним кримінальним законом передбачається не тільки кримінальна відповідальність, але й «інші кримінально-правові наслідки», однак продовжує використовувати категорію «закон про кримінальну відповідальність». Приймаючи до уваги, що підставою кримінальної відповідальності є наявність в діянні складу злочину (ст. 2 КК України), відсутність складу злочину виключає можливість притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення такого діяння, в той же час — кримінально-правові заходи певного виду застосовуються і за умов відсутності формальної підстави для притягнення до відповідальності, що вказує на певні сумніви в тотожності понять «кримінальна відповідальність» і «кримінально-правові заходи». Припускаючи, що кримінальна відповідальність і кримінально-правові заходи — тотожні поняття, важко пояснити відмінність цілей, які ставляться перед ними. Виправлення, загальна та спеціальна превенція, безумовно, притаманні всім кримінально-правовим заходам, що підтверджує їх єдину кримінально-правову природу, однак кримінально-правові заходи, які не пов'язані з покаранням і відповідальністю, вирішують й інші завдання — лікування, виховання, надання медичної допомоги тощо, які виходять за нормативно закріплені межі кримінальної відповідальності. На підставі вказаного, керуючись правилами формальної логіки, можна зробити висновок, що кримінальна відповідальність і кримінально-правові заходи, не пов'язані з покаранням, не можуть розглядатися як тотожні, збіжні поняття, хоча вони і мають єдину правову природу, яка утворює їх тісний зв'язок і породжує системність

вказаних нормативних категорій. Наведений висновок підтверджується і законодавчими приписами. Так, в ст. 19 КК України «Осудність» визначається, що не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка на момент вчинення суспільно небезпечного діяння знаходилась в стані неосудності (ч. 1), і до цієї особи можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру. Таким чином, немає ніякого сенсу припущення, що законодавець передбачив звільнення особи від кримінальної відповідальності з притягненням до іншого виду все тієї ж відповідальності. Встановлене законодавцем положення не втрачає логіки, якщо припустити, що заходи медичного характеру не являють собою певну форму реалізації кримінальної відповідальності, а маючи єдину правову природу з останньою, створюють самостійне кримінально-правове явище. Таким чином, якщо і припустити, що існує необхідність паралельного використання термінів, які характеризують джерело кримінального права, то це «кримінальний закон» і «закон про кримінально-правові заходи», тому що саме характеристика останнього закону відповідає його змісту. По-третє, закон України, яким вносилися зміни у 2008 під гаслом гуманізації кримінального закону, до гуманізації має стороннє відношення, оскільки лівова частка змін торкалася меж покарання, що свідчить про зменшення суспільної небезпеки окремих злочинів і як результат покарання — за їх вчинення. Взагалі, термін «гуманізація» свідчить про поширення ліберального підходу виключно на осіб, які вчинили злочин, у той же час термін «гуманізація» по відношенню до потерпілого використовуватися не може априорі, оскільки це особа, яка вже пережила певні нестатки від вчиненого злочину і вимагає відповідного до себе відношення. Таким чином, «гуманізація» як спрямування сучасної кримінально-правової політики орієнтована виключно на осіб, що вчинили злочин і не передбачає врахування віктимологічного аспекту.

Особливої уваги вимагає юридична техніка, яка використовується законодавцем під час формулювання нормативних приписів кримінально-правового характеру. Сьогодні в кримінальному законодавстві проглядається два види помилок герменевтичного рівня: використання різних кримінально-правових понять, які мають однаковий зміст та використання однакових понять з різним змістом. Що стосується репрезентативних випадків першого виду, то до них можна віднести, наприклад, використання законодавцем двох понять — «вчинення» і «скоєння» злочину. Так, в редакції ст. 127 КК України від 15 квітня 2008 року зазначається, що під катуванням слід розуміти заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі... з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні (виділено автором) яких він (потерпілий) або інша особа підозрюється. Не менш поширеним є використання тотожних за звучанням понять, які характеризуються різною змістовною складовою. Зокрема, паралельне використання у кримінальному і кримінально-процесуальному законодавстві таких категорій як «затримання злочинця», «передача особи на поруки» значно ускладнює не тільки

застосування відповідних положень, але й створює ситуацію плутанини під час проведення теоретичних досліджень.

Як свідчить викладене, неузгодженості отримали поширення і на міжгалузевому рівні. Вказаний рівень неузгодженостей, які в останній час набувають ознак протиріч, найбільш яскраво проглядається у взаємозв'язку кримінального права і кримінального процесу. Зокрема, зміст правових положень, якими регулюється порядок розгляду кримінальних справ у суді, якщо вони направлені туди з обвинувальним висновком, свідчить про існування достатньо широкої дискреції, яка дає право суддям приймати рішення в межах закону, але на свій розсуд, який формується на підставі досліджених доказів та наявного рівня правової свідомості судді. В той же час правові положення матеріального права, які обмежують можливість суду призначити покарання в межах санкції статті при наявних ознаках готування до вчинення злочину або замаху на злочин, свідчать про намагання обмежити судову дискрецію. Вказані суперечності повинні бути усунені, інакше вони набудуть визначальних ознак в процесі вирішення правосуддя у кримінальних справах.

Що стосується окремих неузгодженостей між положеннями окремих статей кримінального закону, то їх більшість пов'язана з не завжди коректним використанням кримінально-правової термінології. Крім того, внутрішні неузгодженості відносно встановлення обсягу джерел кримінального права негативно впливають на практику застосування кримінального законодавства. Зокрема, сьогодні розмір завданої шкоди вчиненим злочином визначається не Кримінальним кодексом України, а фактично законом про державний бюджет, що входить у пряму суперечність зі ст. 3 КК України, якою встановлюється, що кримінальне законодавство становить Кримінальний кодекс України, а всі інші закони, які регулюють питання кримінальної відповідальності, повинні бути включені до КК України.

Аналіз сучасного кримінального законодавства свідчить про його нестабільність, що підтверджується значною кількістю змін і доповнень, які були внесені протягом всіх восьми років його застосування. Уявляється, що кримінальний закон повинен бути стабільним, сталим, а таким він може стати виключно за умов формування змісту закону на підставі соціальної необхідності, політичної неупередженості і незалежності від інтересів окремих страт. Внутрішня неузгодженість законодавства свідчить про те, що гонитва за пошуком найоптимальніших форм захисту корпоративних інтересів переходить в площину кримінального права, що недопустимо. Маючи за ціль перешкодити використанню карального потенціалу кримінального права з іншою метою, крім протидії злочинності, необхідно ускладнити процедуру внесення змін до кримінального законодавства України. Зокрема, мова може йти про обов'язковість висновку Конституційного Суду України про відповідність представленого проекту по внесенню змін до КК України як Конституції, так і міжнародним актам і взагалі «духу» кримінального закону. Вважаю, що ставлення до кримінального закону як до Конституції у кримінальному праві вимагає не тільки визнання ролі кримінального закону, але і відповідного шанобливого і дуже

стриманого поводження із змістом законодавства, особливо враховуючи те, що об'єкт кримінально-правової охорони, визначальний критерій в процесі криміналізації, є сталим і мало змінюваним протягом тривалого часу.

Не завжди українське кримінальне законодавство відповідає загальновизнаним світовим стандартам і тим зобов'язанням, які приймає Україна, ратифікуючи міжнародні багатосторонні договори. Для того щоб аргументувати відповідне положення, можна звернутися до положень багатьох конвенцій, однак приклад стосується Єдиної конвенції про наркотичні засоби 1961 р., яка була ратифікована у 1964 р. Згідно з положеннями вказаної конвенції держави, які її підписали, зобов'язані передбачити відповідальність за значну кількість дій з наркотичними засобами з метою обмеження незаконного обігу. Зокрема, держави зобов'язані передбачити, що ввіз, вивіз, транзит наркотичних засобів становить значну суспільну небезпеку, а тому вказані дії повинні бути караними. Однак, у діючому законодавстві передбачається відповідальність тільки за контрабанду, яка є закінченим злочином під час ввезення наркотичних засобів на територію України, а точніше після перетинання її митного кордону, а в разі встановлення факту незаконного експорту з території України, діяння повинно кваліфікуватися як замах на контрабанду, а тому покарання не може перевищувати двох третин від максимального покарання за закінчений злочин. У той же час конвенція вимагає передбачити відповідальність за вивіз наркотичних засобів як за закінчений злочин.

На підставі проведеного аналізу можна сформулювати низку пропозицій, спрямованих на подолання вказаних недоліків.

По-перше, уявляється недоцільним широке використання законодавцем при конструюванні положень дефінітивних норм надлишкової деталізації за рахунок ознак, які не можуть визнаватися в ролі адитивних і наявність яких у певному правовому явищі є досить спірною. Зокрема, в дефініції злочину, яка наводиться у ст. 11 КК України, згадується така ознака злочину як суб'єкт, у той же час суб'єкт розглядається в ролі елемента складу злочину, а злочин і склад злочину не можуть визнаватися в ролі тотожних категорій. Відмова від вказаної ознаки злочину створює нормативні підстави для визнання в ролі суб'єкта злочину юридичної особи з можливістю застосування до колективного суб'єкта кримінально-правових заходів.

По-друге, герменевтичний вимір категорій кримінального законодавства вимагає введення нових понять, одним з яких може розглядатися відновлювальна юстиція. Перспектива формування повноцінної відновлювальної юстиції традиційно пов'язується з нормативно-закріпленими підставами її застосування, які формулюються в нормах матеріального права, та певного порядку діяльності учасників відновлювального провадження, які мають процесуальну належність. Не зосереджуючись на, безумовно, важливому аспекті процесуального оформлення порядку здійснення та результатів відновлювального процесу захисту прав особи, якій злочином заподіяні матеріальні, фізичні та моральні нестатки, уявляється необхідним звернутися до питання розширення форм відповідної діяльності з позиції норм кримінального права.

Уявляється, що найбільш перспективним правовим засобом, застосування якого створить умови для переорієнтації з публічних підвалин кримінального права на можливість застосування диспозитивності, є інститут медіації, який отримує значне поширення в постсоціалістичних державах, що свідчить про його універсальність та значний правозастосувальний потенціал. Суттєвою ознакою медіації, яка в різних державах набуває окремих особливостей на підставі характерних ознак відповідної правової системи, є те, що конфліктуючі сторони — порушник кримінальної заборони і потерпіла сторона, за дозволом уповноваженого державного органу, який веде кримінальний процес або здійснює нагляд за додержанням законності, вирішують правовий спір на підставі звернення до посередника. В разі позитивного вирішення умов та порядку примирення, особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння звільняється від кримінальної відповідальності за умов, що виконала ті обов'язки, які були обумовлені потерпілою стороною в якості «вибачення» за вчинений злочин. Перспективність медіації в Україні обґрунтовується, в першу чергу, існуванням в кримінальному законодавстві таких підстав звільнення від кримінальної відповідальності як примирення обвинуваченого з потерпілим, дійове каяття як у формі загальної підстави, так і спеціального звільнення від відповідальності у разі вчинення окремого виду злочину; визначеність принципу диспозитивності, який розглядає в якості рушійної сили кримінального процесу — змагання сторін, не залежно від тяжкості вчиненого злочину. Поширення підстав звільнення від кримінальної відповідальності на стадію порушення кримінальної справи і визначеність медіаторів, стане підґрунтям формування інституту медіації, як найбільш дієвої правової конструкції, спрямованої на досягнення цілей по відновленню прав потерпілої сторони.

По-третє, необхідно відмовитися від диференціації кримінальної відповідальності шляхом нормативного закріплення спеціальних ознак потерпілого, оскільки такими нормативними приписами фактично штучно обмежується коло осіб, які потенційно можуть бути визнані потерпілими і мають право на захист власних інтересів через участь у кримінальному судочинстві. У той же час існує необхідність підтримання загальної тенденції по спеціалізації застосування кримінально-правових заходів через нормативне закріплення ознак спеціального суб'єкта злочину, що створює умови для визначення необхідного і достатнього «крапкового» впливу на поведінку особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. Індивідуальний підхід до застосування кримінально-правових заходів в цілому, а не тільки обрання форм кримінальної відповідальності, стає передумовою для розширення переліку відповідей з боку держави на вчинений злочин.

Уявляється, що реалізація вказаних пропозицій може позитивно позначитися на подальших перспективах розвитку кримінального законодавства, яке повинно бути соціально орієнтованим і ефективним знаряддям у протидії злочинності, що можливо виключно за однієї умови — визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю з підвищенням ролі людини у кримінально-правових відносинах, незалежно від того, яку функцію вона в цих відносинах виконує.

### Анотація

**Козаченко О. В. Герменевтичний вимір категорій кримінального закону. — Стаття.**

У статті з використанням герменевтичного підходу здійснюється аналіз окремих інститутів кримінального права. Такий підхід дає можливість паправити зусилля як на оптимізацію окремих положень чинного кримінального законодавства України, так і сформулювати пропозиції по доповненню кримінального права окремими новелами. Висловлюються пропозиції щодо обмеження надлишкової диференціації кримінальної відповідальності в умовах сучасності.

**Ключові слова:** герменевтичний вимір, кримінальний закон, закон про кримінальну відповідальність, відповідна юстиція, медіація.

### Summary

**Kozachenko O. V. Hermeneutical Measuring of Categories of Penal Law. — Article.**

The analysis of separate institutes of criminal law with assistance of hermeneutical approach is carried out in the article. Such approach enables to point effort both at optimization of separate positions of current criminal legislation of Ukraine and to formulate suggestions to add separate new regulations to criminal law. Suggestions are made out to limit of surplus differentiation of criminal responsibility in the contemporary conditions.

**Keywords:** hermeneutical measuring, penal law, law on criminal responsibility, restorative justice, mediation.

УДК 342.726-053.6:801.73

*Н. М. Крестовська*

### ЕВРИСТИЧНІ МОЖЛИВОСТІ ГЕРМЕНЕВТИКИ В ЮВЕНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

Термін «герменевтика» охоплює, як мінімум, чотири поняття: мистецтво інтерпретації (тлумачення) текстів; теорія пізнання смислів; шлях пізнання чужої індивідуальності; учення про принципи гуманітарних наук. Ця мно-значність терміна породжує великі і нерідко невинуваті сподівання щодо безмежних можливостей застосування герменевтики для вирішення проблем юриспруденції. Найбільш, можливо, виразним тому свідомством є висловлена О. І. Овчинниковим думка про те, що герменевтика є новою парадигмою юриспруденції (тобто новою картиною світу правової реальності) [1, 169].

Перш за все хотілося би зазначити, що, на нашу думку, оцінка евристичних можливостей герменевтики є малопродуктивною без чіткого усвідомлення місця герменевтики у системі наукового пізнання. Що вона являє собою — окрему науку, парадигму, метод, методику? Кожне з цих тверджень має своїх прихильників і нібито обґрунтоване переконливими аргументами. Щоправда, з позицій суворого наукознавства предмет та метод цієї науки визначити не уявляється можливим, так само, як і окреслити герменевтичну парадигму картини світу духовних цінностей. На нашу думку, все-таки має сенс повернутися до початкового, ще за античних часів виробленого розуміння герменевтики як мистецтва пізнання змісту вербальних та невербальних повідомлень (месиджів, якщо скористатися сучасною термінологією). З таких позицій герменевтика постає як