

6. Басецкий И.И. Словарь оперативно-розыскной терминологии / И.И. Басецкий. – Мн. : Академия МВД Республики Беларусь, 1993. – 264 с.
7. Шиенок В.П. Оперативно-розыскная тактика раскрытия умышленных убийств: учеб. пособие / В.П. Шиенок. – Мн. : Минская ВШ МВД СССР, 1989. – 98 с.
8. Кабанов Г.Т. Квартирные кражи. Предупреждение и раскрытие. Оперативно-розыскная тактика: учеб. пособие / Г.Т. Кабанов и др. – Мн. : Академия МВД Беларусь, 1995. – 246 с.
9. Семашко Н.И. Предотвращение и раскрытия взяточничества / Н.И. Семашко, Н.А. Комяк, А.Н. Новиков. – Мн. : Академия милиции МВД Республики Беларусь, 1992. – 32 с.
10. Оперативно-розыскная деятельность: учебник / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. – М.: ИНФРА – М, 2002. – 794 с.
11. Дидоренко Э.А. Основы оперативно-розыскной деятельности в Украине (понятие, принципы, правовое обеспечение) / Э.А. Дидоренко, Б.И. Бараненко, В.А. Глазков и др.): учеб. пособие. – К. : Центр учебной литературы, 2007. – 264 с.
12. Баб'як А.В. Теорія і практика протидії вимаганням оперативними підрозділами органів внутрішніх справ України: монографія / А.В. Баб'як, І.О. Крепаков, О.С. Омельченко та ін. – Львів : Галицька видавнича спілка, 2012. – 246 с.
13. Батаев И.А. Оперативно-розыскное и криминологическое обеспечение процесса расследования краж из квартир граждан: дис. ... канд. юрид. наук / 12.00.09. – М. : РГБ, 2002. – 186 с.
14. Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Короков Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика: учебник для вузов / под ред. заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Р.С. Белкина. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА – М., 1999. – 990 с.

УДК 343.18

ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НАЯВНОСТІ УГОД ПРО ПРИМИРЕННЯ

THE PROBLEMS OF SENTENCING IN THE PRESENCE OF THE RECONCILIATION AGREEMENT

Макаренко А.С.,

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

У статті аналізується інститут угод про примирення в аспекті співвідношення формальних та дискреційних заasad при вирішенні питань правозастосовчого характеру. Досліджується законодавство зарубіжних країн щодо особливостей закріплення таких угод. З метою переходу вітчизняної системи правосуддя на модель відновно-компенсаційного правосуддя вбачається необхідним скорегувати механізм урахування позиції потерпілого як засіб оптимізації суддівського розсуду.

Ключові слова: угоди про примирення, призначення покарання, суддівський розсуд.

В статье анализируется институт соглашений о примирении в аспекте соотношения формальных и дискреционных начал при решении вопросов правоприменительного характера. Исследуется законодательство зарубежных стран в отношении особенностей закрепления таких соглашений. С целью перехода отечественной системы правосудия на модель восстановительно-компенсационного правосудия представляется необходимым скорректировать механизм учета позиции потерпевшего как средства оптимизации судебское усмотрения.

Ключевые слова: соглашения о примирении, назначение наказания, судебское усмотрение.

The article analyzes institution of reconciliation agreements in aspect ratio of formal and discretionary principles in addressing enforcement measures. The laws of foreign countries regarding features of fixing of such agreements are investigated. In order to move domestic justice system model of restorative justice-compensatory mechanism seems necessary to adjust accounting position of victim as a means of optimizing the judicial discretion.

Key words: reconciliation agreement, sentencing, judicial discretion.

Актуальність теми. Сучасному кримінальному праву притаманне зростання ролі диспозитивних відносин у механізмі кримінального-правового регулювання (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція), розширення індивідуалістських, приватних засад, послаблення формалізації та обов'язковості покарання, що веде до віртуальної реальності кримінально-правової заборони [1, с. 27]. У цьому зв'язку виникає необхідність у розробці системного механізму врахування волевиявлення

потерпілої особи у галузі кримінальної юстиції. Законом України № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) стаття 65 доповнена частиною п'ятою такого змісту: «У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди». Внесення такої новели до кримінального законодавства зумовлює

необхідність дослідження правил призначення покарання у передбачених випадках.

Виклад основного матеріалу. Запровадження угод про примирення, зокрема в аспекті пеналізаційної практики, зміщує акценти кримінальної юстиції – з пунітивного на відновно-компенсаційний (ресторативний). Як зазначає В.О. Туляков, «коли держава не в змозі реагувати на перманентні порушення закону – працює не закон, а компенсаційні механізми... Звідси в теорії кримінального права з'являються посилання на кримінально-правові угоди» [1, с. 27]. У цьому зв'язку положення ч. 5 ст. 65 КК України слугуватиме розвитку інституту «згоди» потерпілого у кримінальному праві, яка генетично пов'язана з інститутом примирення, як зняття потерпілим «своїх претензій до особи, що вчинила злочин».

Необхідно відзначити, що «згода» потерпілого у теорії кримінального права не є новою. Її розвиток представлений дослідженнями Ю.В. Бауліна, О.М. Красікова, С.П. Мокринського, С.В. Познишева, М.М. Розіна, М.Д. Сергієвського, О.В. Сумачева, М.С. Таганцева, В.О. Тулякова та ін. Слід мати на увазі, що так звана «згода особи на заподіяння шкоди власним інтересам» може виступати як обставина, яка виключає злочинність діяння або може безпосередньо впливати на кваліфікацію злочинів та призначення покарання.

Але згода потерпілого у кримінальному праві є не лише підставою, що може виключати злочинність діяння чи впливати на кваліфікацію злочинів, але й відігравати значну роль у призначенні покарання. Саме в останньому аспекті у доктрині кримінального права та у законодавчому полі були відсутні чіткі механізми врахування волевиявлення потерпілого щодо міри покарання винній у вчиненні злочину особі. Як справедливо зауважує А.А. Музика, «існує низка казок, зокрема про охорону і захист прав та інтересів потерпілого у кримінально-правових відносинах...» [2, с. 161]. Напевно на усунення цієї прогалини і спрямовані внесені зміни до КК України. На думку Ю.В. Меркулової, «як свідчить практика, не просто привести до компромісу потерпілого та підозрюваного, і особливо по насильницьким і насильницько-майновим злочинам. Залишається чимало дискусійних, недостатньо розроблених питань і аспектів, що пояснюються складністю й багатогранністю інституту відновного правосуддя» [3, с. 238]. А тому необхідним є звернути увагу на ті проблемні питання, які виникли з запровадженням інституту угод про примирення, та які повинні бути обговорені задля оптимізації вітчизняного законодавства.

Дійсно, процес призначення покарання має суб'єктивно-об'єктивну природу. Відповідно, якість і кількість (вид і розмір) покарання є похідними від приписів закону, розсуду правозастосувача і, в деяких випадках, від волевиявлення потерпілої сторони. Діючий кримінальний закон розмежував співпадаючі, але не тотожні категорії «кримінальна відповідальність» і «покарання». В результаті, примирення, з позиції сучасного законодавця, не пов'язане з при-

значенням покарання, а пов'язане з вирішенням питання про реалізацію кримінальної відповідальності у цілому, і тому характеризує самостійний міжгалузевий (у тому числі кримінально-правовий) інститут порушення кримінального переслідування і відмови від нього.

Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України та ч. 1 ст. 475 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) за наявності угоди про примирення суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. При цьому виникає питання про межі такого покарання. Як впливає з ч. 2 ст. 469 КПК України єдиним обмеженням є можливість укладення таких угод у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. При цьому, чи повинна така угода відповідати загальним засадам призначення покарання, чи ні, не йде мова ні в процесуальному, ні в матеріальному законодавстві. Певне тлумачення механізму призначення покарання за наявності угод про примирення міститься в інформаційному листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) № 223-1679/0/4-12 від 15.11.2012 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод». Зокрема, у п. 3 цього інформаційного листа вказано, що аналіз статей 65 і 75 КК свідчить, що домовленості сторін угоди при узгодженні покарання не мають виходити за межі загальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність. У зв'язку з цим постає низка таких зауважень.

Як відмічає В.І. Тютюгін, приписи ч. 5 ст. 65 КК про призначення покарання за згодою сторін розміщені услід за частинами 3 і 4 цієї статті, в яких сформульовані виключення із загальних засад про призначення у межах, встановлених санкцією статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК), за вчинений злочин. Така структура (побудова) ст. 65 КК дає підстави передбачати, що приписи ч. 5 цієї статті також не можуть, мабуть, розглядатися в якості окремої (самостійної) загальної засади призначення покарання, а є (як і положення 3 і 4 ст. 65 КК) тільки своєрідним виключенням із загального правила (вимоги), сформульованого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК [4, с. 84]. Однак, виходячи із тлумачення, наданого в вищезазначеному інформаційному листі, про необхідність відповідності узгодженого сторонами покарання загальним засадам призначення покарання (до такої позиції ми власне і приєднуємося), стає зрозумілим, що розміщення правила про призначення покарання за наявності угоди про примирення у ч. 5 ст. 65 не відповідає логіці архітекtonіки кримінального закону. А тому ця норма повинна бути виведена зі ст. 65 КК України.

Відповідно до ч. 1 ст. 469 КПК України угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або

за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). У такому випадку ми зіштовхуємося з так званим «делегованим правосуддям», коли традиційно публічну функцію з вирішення суспільних конфліктів у формі відправлення правосуддя, що пов'язана з існуванням судової складової державної влади, передано на розсуд особам, які професійно не наділені такими повноваженнями.

Зокрема, розглядаючи проблематику визначення міри кримінально-правового впливу, виникає питання, як сторони можуть дійти згоди щодо певного виду і розміру (строку) покарання без прокурора та судді, особливо в тих випадках, коли вони не мають своїх захисників? Як можуть сторони, наприклад, призначити покарання відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України, що передбачає врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину (у даному випадку необхідно вести мову про індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину), особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання? Такі обставини не просто повинні бути перераховані у кримінальному провадженні, а повинна бути зрозуміла їх оцінка, тобто чітко відображено, яким чином такі обставини впливають на вид і розмір (строк) покарання.

Крім цього, відповідно до роз'яснень ВССУ за наявності обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного сторони угоди з огляду на положення статей 65, 75 КК у редакції Закону України від 13 квітня 2012 року № 4652-VI мають право, застосовуючи положення ст. 69 КК, визначати (узгоджувати): а) основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, або б) інше основне покарання, більш м'який його вид, не зазначений у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК за цей злочин; в) не призначати додаткове покарання, передбачене у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, як обов'язкове, за винятком випадків, встановлених ч. 2 ст. 69 КК. При цьому стає зрозумілим, що підставою для призначення покарання, що виходить за межі санкції статті Особливої частини КК, є саме положення ч. 3 ст. 65 КК України і кореспондуючої їй ч. 1 ст. 69 КК України, а не положення ч. 5 ст. 65 КК України.

Справедливо відзначає В.І. Тютюгін, що питання про можливість або, навпаки, недопустимість призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено у санкції, при укладенні угоди про примирення або визнання вини повинне бути більш чітко врегульоване безпосередньо у законі [4, с. 85]. У зв'язку із зазначеним, дійдемо висновку, що при впровадженні такого «делегованого правосуддя» виникає сумнів у здатності сторін примирення правильно оцінити обставини справи і призначити міру покарання, що відповідатиме вимогам кримінального закону.

Призначення покарання, узгодженого сторонами, є обов'язковим для суду. Тобто імперативність

норми, передбаченої ч. 5 ст. 65 КК України, має наслідком обмеження дискреційних повноважень суддів. При цьому, відповідно до роз'яснень, наданих ВССУ, суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання... лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (пункти 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. Наприклад, у випадку «зловживання» сторонами угоди положеннями ст. 69 КК, тобто у разі узгодження ними покарання, яке за своїм видом та/або розміром не відповідає характеру, тяжкості вчиненого діяння та особі винного, суд має визнати умови цієї угоди такими, що не відповідають інтересам суспільства, та відмовити в її затвердженні.

Аналогічне рішення має прийняти суд у випадку неврахування прокурором при укладенні угоди про визнання винуватості наявності обставин, що обтяжують покарання, наприклад, не знятої або не погашеної судимості у обвинуваченого, що утворює рецидив злочинів тощо. З такого тлумачення випливає, що якщо узгоджене сторонами покарання не відповідатиме вимогам закону, як видається, у першу чергу, мова повинна йти про загальні засади призначення покарання, передбачені ч. 1 ст. 65 КК України, суд не призначає той вид і міру покарання, які зазначені в угоді про примирення. Ми вже висловлювали свій сумнів у здатності сторін примирення надати правильну правову оцінку всім обставинам справи і узгодити покарання, яке буде відповідати вимогам закону. Виходячи з цього, стає зрозумілим, що правило про обов'язковість призначення покарання, вказаного в угоді про примирення, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у зазначених випадках.

З іншого боку, інститут призначення покарання за наявності угоди про примирення не є формалізованим. За задумом законодавця, право сторін на узгодження міри покарання повинно обмежувати дискреційні повноваження суддів, однак не ставить сам пеналізаційний процес у певні рамки. Склалася ситуація, коли правозастосовний розсуд змінив свого суб'єкта. А саме обмеження суддівського розсудового елемента не становить собою формалізованої системи врахування обставин справи. Хоча, як уже було з'ясовано раніше, приватний інтерес, будучи домінантою у концепції угод про примирення, врешті не елімінував дискреційність повноважень суддів у виборі міри кримінально-правового впливу. Сама норма ч. 5 ст. 65 КК України, як було проаналізовано, не становить собою виключення із загальних засад призначення покарання, а перебуває в їх рамках, розміщення такого правила у ст. 65 КК України не відповідає змістовному наповненню текстуального формулювання ч. 5 цієї статті.

Виходячи з цього та з системного тлумачення норм інституту угод про примирення, стає зрозумілим, що ч. 5 ст. 65 КК формулює загальне правило,

просто перекладаючи функцію з призначення покарання з публічного органу на приватних суб'єктів. Видається раціональним внести у правозастосовний процес конкретний законодавчий припис, що відповідатиме ідеї законодавця про презумпцію правового інтересу у пеналізаційній практиці та законодавчій техніці.

Інститут угод у країнах романо-германської правової сім'ї, до якої тяготеє й Україна, існує в обмеженому варіанті. Дуже спірним такий інститут залишається у Франції. Юристи та політики відмічають неможливість повного дотримання презумпції невинуватості, права на судовий захист. Більш того, юристами вважається принизливим укладати подібні угоди, тому що це суперечить етиці професії в деяких аспектах [5]. Крім цього, процес призначення застосування таких угод не є формалізованим. Привабливим в аспекті позитивного досвіду закріплення угод про примирення є кримінальне законодавство ФРН. Саме судові угоди є яскравим прикладом диспозитивних засад у кримінальній юстиції ФРН. Норма про призначення покарання за наявності згоди особи, яка вчинила злочин, і потерпілого, не є імперативною для суду. Так, відповідно до § 46a КК ФРН у редакції від 13.11.1998 р., якщо особа, яка вчинила каране діяння, 1) намагаючись досягнути згоди з потерпілим (згода особи, яка вчинила злочин, і потерпілого – *Tater-Opfer-Ausgleich*), відшкодовує повністю збиток або значну частину збитку, завданого своїм діянням, або серйозно намагається відшкодувати збиток, або 2) у випадку, якщо відшкодування шкоди вимагає від неї значних особистих витрат або особистої відмови від чого-небудь, і вона відшкодовує потерпілому збиток повністю або більшу його частину, то суд на підставі § 49 абз. 1, може пом'якшити покарання або відмовитися від нього, якщо не передбачено більш суворе покарання, ніж позбавлення волі на строк до одного року або грошовий штраф до 360 денних ставок. У свою чергу § 49 абз. 1 передбачає градуйоване пом'якшення покарання шляхом зниження мінімального строку покарання.

Як бачимо, наявність угоди про примирення дає право для пом'якшення покарання судом, при цьому призначення покарання за наявності такого примирення введено у певну формалізовану систему, що позбавляє змоги довільного визначення покарання як судом, так і приватними особами. У зв'язку з цим призначення міри кримінально-правового впливу за наявності згоди особи, яка вчинила злочин, і потерпілого за КК ФРН становить собою спеціальне правило, так як встановлює конкретні рамки, що оптимізують правозастосовний процес. Спостерігається збереження публічного характеру кримінального провадження з необхідним забезпеченням реалізації приватного інтересу. Крім цього, заслуговує на увагу застосована термінологія на позначення суб'єктів примирення – «особа, яка вчинила злочин» і «потерпілий». У КК України вжито термін «сторони» примирення, що є «чужим» для понятійного апарату матеріальної галузі кримінального права.

КК Республіки Польща від 01.01.1997 р. також закріплений інститут угод про примирення. Відповідно до § 3 ст. 53 цього кодексу, призначаючи покарання, суд приймає також до уваги позитивні результати проведеного посередництва між потерпілим і винною особою, або угоди між ними, які досягнуто у судовому провадженні або прокурором. Така норма знаходиться у рамках загальних правил про призначення покарання, що виправдано змістовним наповненням і текстуальним вираженням такого припису. Згідно з п. 1 § 2 ст. 60 КК Республіки Польща суд може також застосувати надзвичайне пом'якшення покарання в особливо обґрунтованих випадках, коли навіть найменше покарання, передбачене за злочин, було би непомірно суворим, особливо якщо потерпілий примирився з винною особою, шкода була усунена або потерпілий і винна особа домовилися про спосіб усунення шкоди. § 6 цієї ж статті закріплює, що надзвичайне пом'якшення покарання полягає у призначенні покарання нижче нижньої межі, установленної у санкції, або у призначенні більш м'якого за своїм характером покарання. Тобто наявність угоди про примирення дає суду право застосувати приписи, аналогічні інституту більш м'якого покарання, передбаченого законом, регламентованого ст. 69 КК України. Видається, що інституту угод про примирення за законодавством європейських країн, в яких він знайшов поширення, характерні такі ознаки: 1) це є правом суду застосувати результати примирення при визначенні міри покарання; 2) наявність такої угоди може мати наслідком пом'якшення покарання судом або призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом; 3) процес призначення покарання за наявності угод про примирення має певний формалізований характер.

Висновки. Виходячи з вищезазначеного, враховуючи певний позитивний досвід урегулювання інституту примирення деякими державами, а також з'ясовані проблемні питання вітчизняного підходу до закріплення угод про примирення, вважаємо можливим внести зміни до КК України щодо врахування приватного інтересу у світлі теорії пеналізації. Як уявляється, за наявності на те згоди потерпілого, покарання винній особі у певних випадках може бути пом'якшене. При цьому таке пом'якшення не повинно бути обумовлене відшкодуванням шкоди потерпілій особі. Такі нововведення є продовженням розвитку концепції конкретизації кримінально-правового значення особи потерпілого у вітчизняному механізмі регулювання суспільних відносин. Законодавче закріплення механізму врахування позиції потерпілого щодо міри покарання як продовження розвитку інституту «згоди» потерпілого у кримінальному праві сприятиме практизації наукових ідей і поглядів в аспекті пошуку нових форм кримінально-правового реагування на вчинення кримінальних правопорушень, способів оптимізації суддівського розсуду.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Туляков В.О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації [текст] / В.О. Туляков // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 54 / Редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. В.О. Туляков. – Одеса: Юридична література, 2010. – С. 25–31.
2. Музика А.А. Казки Кримінального кодексу та реальність [текст] / А.А. Музика // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доповідей та повідомлень учасників міжнародного симпозиуму, 21–22 вересня 2012 року. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – с. 161.
3. Меркулова Ю.В. Історія та сучасний стан кримінального провадження на підставі угод [текст] / Ю.В. Меркулова // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. – 2013. – № 5. – С. 236–239.
4. Тютюгин В.И. Некоторые вопросы назначения наказания по соглашению сторон в связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины [текст] / В.И. Тютюгин // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – С. 81–86.
5. Угоди про визнання вини або примирення по КПК суперечать презумпції невинності. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.advocatesanswers.in.ua/index.php/2012-03-11-14-51-21/1412-uhody-pro-vyznannia-vyny-abo-prymyrennia-po-kpk-superechat-prezumpcii-nevynnosti>.