

А. Макаренко,

аспірантка кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ФОРМАЛІЗАЦІЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ З УРАХУВАННЯМ ПОЗИЦІЇ ПОТЕРПІЛОГО ЯК ЗАСІБ ОБМЕЖЕННЯ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

Обов'язковою умовою ефективності покарання є його справедливість. Отання, у свою чергу, у майбутньому повинна визначатися з точки зору врахування інтересів усіх суб'єктів кримінально-правових відносин (злочинця, держави, потерпілого, третіх осіб) і таким чином бути врахованою серед принципів призначення покарання. Тим більше, що для нашої держави на сучасному етапі формування її віктимологічної політики важливою є організація віктимологічної ідеології, направленої на переорієнтацію суспільства з проблеми злочинця на проблеми жертв злочинів [1, 258]. Системна криза кримінального права на рівні доктрини пов'язана із остаточною невизначеністю відповіді на питання що, як та яким чином ми захищаємо? Стаття 1 Кримінального кодексу України (далі — КК) визначає завданням кримінального закону правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, тобто, як уявляється, у першу чергу, повинні охоронятися інтереси особи, потерпілої від злочину. Однак проблема ще в тому, що потерпілого не прийнято відносити до суб'єктів матеріально-кримінальних правовідносин, його визнають лише в ролі суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин. Вважається, що в ролі учасників кримінально-правових відносин виступають, з однієї сторони, держава в особі компетентних органів, а з іншої — фізична осудна особа, яка вчинила злочин. Як видно, це пов'язано із вузьким тлумаченням кримінально-

правових відносин як відносин реалізації кримінальної відповідальності та покарання. У контексті такого розуміння окремі автори не відносять потерпілого до суб'єктів матеріальних кримінально-правових відносин, а визнають його лише в ролі суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин [2, 19–20]. З іншого боку, сучасному кримінальному праву притаманне зростання ролі диспозитивних відносин у механізмі кримінально-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 [3, 27; 4, 5]. У цьому зв'язку виникає необхідність у розробці системного механізму врахування волевиявлення потерпілої особи в галузі кримінальної юстиції.

Кримінально-процесуальний кодекс України зберігає вкрай обмежений перелік справ приватного та приватно-публічного обвинувачення. Проте лінія гуманізації кримінального і кримінально-процесуального законодавств вимагає розширення такого кола злочинів. До них можуть бути віднесені злочини, які характеризуються або необхідністю певного суб'єктивного сприйняття самого потерпілого (наприклад, при погрозі вбивством або завданні шкоди здоров'ю), або очевидною «інтимністю» діяння (наприклад, некваліфіковане зараження венеричною хворобою), коли питання про кримінальне пересліду-

вання повинне ставитися у залежність тільки від волевиявлення потерпілої сторони. Саме з цієї причини слід розділити думку С. Г. Келіної про те, що немає сенсу засудження особи з цих (та інших) злочинів, якщо потерпілий цього не бажає і при цьому не страждають ніякі суспільні інтереси: «Не значит ли, что в подобных случаях уголовная юстиция действует формально, сама для себя?» [5, 645]. У зв'язку із зазначеним пропонується доповнити КК України ст. 22¹ такого змісту:

«Стаття 22¹. Діяння, за які кримінальна відповідальність настає на вимогу потерпілого

Особи, що вчинили злочини:

- 1) умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (частина перша статті 122);
- 2) умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання (стаття 123);
- 3) умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (стаття 124);
- 4) умисне легке тілесне ушкодження (стаття 125);
- 5) побої і мордування (частина перша статті 126);
- 6) необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (стаття 128);
- 7) погроза вбивством (частина перша статті 129);
- 8) зараження вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби (частина перша статті 130);
- 9) зараження венеричною хворобою (частина перша статті 133);
- 10) незаконне розголошення лікарської таємниці (стаття 145);
- 11) згвалтування (частина перша статті 152);
- 12) насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (частина перша статті 153);
- 13) порушення недоторканності житла (частина перша статті 162);
- 14) порушення таємниці листуван-

ня, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер (частина перша статті 163);

15) розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (стаття 168);

16) порушення авторського права і суміжних прав (частина перша статті 176);

17) порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію (частина перша статті 177);

18) порушення недоторканності приватного життя (стаття 182);

19) заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (частина перша статті 192);

20) умисне знищення або пошкодження майна (частина перша статті 194);

21) погроза знищення майна (стаття 195);

22) необережне знищення або пошкодження майна (стаття 196);

23) незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю (стаття 231);

24) розголошення комерційної або банківської таємниці (стаття 232);

25) порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами (частина перша статті 286);

26) примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (частина перша статті 355);

27) самоправство (стаття 356), — підлягають кримінальній відповідальності тільки за наявності вираженої у передбаченому кримінально-процесуальним законом порядку вимоги особи, потерпілої від злочину, або її законного представника притягнути винного до кримінальної відповідальності».

Більше того, примирення винного з потерпілим у справах приватного обвинувачення не повинно бути обумовлено у ст. 46 КК умовою відшкодування завданих збитків або усуненням заподія-

ної шкоди потерпілому. Крім цього, так як ініціювання кримінального переслідування зі справ приватного обвинувачення є прерогативою потерпілого, то у такому випадку відсутня необхідність визначати такий критерій звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, як вчинення особою злочину вперше.

Далі, з метою належного врахування позиції потерпілого при вирішенні судом питання про межі та обсяги кримінальної відповідальності суб'єкта злочину пропонуємо ч. 1 ст. 65 КК про загальні засади призначення покарання доповнити п. 4 такого змісту: «враховуючи позицію потерпілого щодо меж та обсягів кримінальної відповідальності». Так, суди у кожному випадку призначення покарання винній особі повинні з'ясовувати думку потерпілого щодо виду покарання, його розміру (строку), можливості звільнення від відбування покарання тощо. Дана норма сприятиме досягненню соціальної справедливості та утвердженню у кримінальному праві презумпції правоти та пріоритетності прав потерпілого, яка протиставляється конституційному принципу презумпції невинуватості особи. У частині правоти потерпілого нова презумпція означатиме, що його поведінка до, під час і після вчинення щодо нього злочинного діяння вважається правомірною, а всі заперечення щодо цього повинен обґрунтовувати той, хто їх висуває. Потерпілий же свою правоту доказувати не повинен. Презюмується не лише формальна законність і правильність його дій, а й об'єктивність оцінювання ним усіх обставин вчиненого щодо нього злочину. У частині пріоритетності прав потерпілого зазначена презумпція передбачатиме надання йому більших можливостей для захисту своїх прав, ніж обвинуваченому, підсудному, а також обов'язкове врахування його позиції під час прийняття органами дізнання, досудового слідства, прокуратури й суду всіх без винятку кримінально-процесуальних рішень у справах, пов'язаних із посяганням на його права, свободи і законні інтереси [6, 40].

З метою продовження законодавчого курсу, спрямованого на формалізацію етапу призначення покарання та обмеження суддівського розсуду, вважаємо за необхідне закріпити у КК норму, що передбачатиме диференційоване застосування покарання залежно від позиції потерпілого. Таке певне пом'якшення покарання слугуватиме розвитку інституту «згоди» потерпілого у кримінальному праві. Слід мати на увазі, що так звана «згода особи на заподіяння шкоди власним інтересам» може виступати як обставина, яка виключає злочинність діяння або може не виключати кримінальну відповідальність, а безпосередньо впливати на кваліфікацію злочинів та призначення покарання. Традиційно як така «згода» потерпілого генетично пов'язана з інститутом примирення у кримінальному праві як зняття потерпілим «своїх претензій до особи, яка вчинила злочин» або звернення «з проханням закрити порушену кримінальну справу» [7, 366]. Причому таке примирення є не чим іншим, як актом компромісу — але компромісу, досягнутого не стільки між потерпілим і суб'єктом злочину, скільки між державою і злочинцем [8, 132]. Інші автори вказують, що такий компроміс у першу чергу стосується волевиявлення потерпілого, якому належить право вибирати «спосіб відновлення справедливості» [9, 452]. Така згода між суб'єктами кримінального правовідношення повинна бути добровільною, при цьому «останнє слово» остається за потерпілим. Але згода потерпілого у кримінальному праві є не лише підставою, що може виключати злочинність діяння, чи впливати на кваліфікацію злочинів, але й відігравати роль у призначенні покарання. Саме в останньому аспекті у доктрині кримінального права та у законодавчому полі відсутні чіткі механізми врахування волевиявлення потерпілого щодо міри покарання винній у вчиненні злочину особі. Отже, під «згодою» у кримінальному праві слід розуміти дозвіл на певні кримінально значимі дії зі сторони третіх осіб по відношенню до власних благ, добровільно виражений дієздатною особою в установленій фор-

мі до початку або після вчинення таких дій і який спричиняє кримінально-правові наслідки. Таке визначення «згоди» є узагальненим як згоди, що виключає злочинність діяння, згоди, яка впливає на кваліфікацію, та згоди, яка враховується при призначенні покарання. Щодо останнього, то, 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. З огляду на вищезазначене, вважаємо за необхідне закріпити у КК таку норму:

«Стаття 69². Призначення покарання з урахуванням позиції потерпілого

1. За наявності окремого волевиявлення особи, потерпілої від злочину, за вчинення тяжких злочинів строк або розмір покарання не може перевищувати трьох четвертин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

2. За наявності окремого волевиявлення особи, потерпілої від злочину, за вчинення злочинів середньої тяжкості строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу».

Введення подібної норми сприятиме як розвитку тенденції пріоритетного значення волевиявлення потерпілого, так і продовженню курсу гуманізації кримінальної відповідальності винної особи, особливо, що стосується осіб, що вчинили тяжкі злочини і злочини середньої тяжкості. Тому, як уявляється, формалізація призначення покарання з урахуванням позиції потерпілого повинна обмежуватися лише тяжкими злочинами і злочинами середньої тяжкості, таке

пом'якшення повинно стосуватися заборони на призначення покарання вище встановленої межі від максимального, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК. Поширювати дію такої норми на особливо тяжкі злочини є недоречною внаслідок складності таких справ з причини наявності або багатьох потерпілих, або відсутності фізичних осіб як потерпілих, тобто екстраполювати запропоновану норму на особливо тяжкі злочини є неможливо та може визвати труднощі і збої у правозастосовній практиці. Щодо злочинів невеликої тяжкості, то внаслідок невеликої суспільної небезпечності таких злочинів доречно обговорювати питання про застосування так званих привілейованих інститутів кримінального покарання (звільнення від кримінальної відповідальності або від відбування покарання, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом тощо).

Отже, резюмуючи викладене, враховуючи необхідність пошуку нових форм кримінально-правового реагування на вчинення кримінальних правопорушень, з метою часткової формалізації призначення покарання як способу обмеження суддівського розсуду пропонуємо законодавчо закріпити механізм врахування позиції потерпілого щодо міри покарання як продовження розвитку інституту «згоди» потерпілого у кримінальному праві.

Ключові слова: позиція потерпілого, формалізація призначення покарання, суддівський розсуд.

У статті пропонується системний механізм врахування волевиявлення потерпілої особи в галузі кримінальної юстиції. З метою продовження законодавчого курсу, спрямованого на формалізацію етапу призначення покарання та обмеження суддівського розсуду, вважається за необхідне закріпити у Кримінальному кодексі України норму, що передбачатиме диференційоване застосування покарання залежно від позиції потерпілого. Такі нововведення слугуватимуть

розвитку інституту «згоди» потерпілого у кримінальному праві.

В статті пропонується системний механізм урахування волевиявлення потерпілого в сфері кримінальної юстиції. З метою продовження законодавчого курсу, направленного на формалізацію етапу призначення покарання та обмеження судового усмотрення, вважається необхідним закріпити в Уголовному кодексі України норму, передбачаючу диференційоване застосування покарання залежно від позиції потерпілого. Такі нововведення забезпечать розвиток інституту «згоди» потерпілого в кримінальному праві.

In article the system mechanism of the account of will of the victim in sphere of criminal justice is offered. For the purpose of continuation of the legislative course directed on formalization of sentencing process and restriction of the judge's discretion, it is considered necessary to fix in the Criminal code of Ukraine the norm providing differentiated application of punishment depending on a position of the victim. Such innovations will provide development of institute of «consent» of the victim in criminal law.

Література

1. Туляков В. А. Виктимология: социальные и криминологические проблемы

/ В. А. Туляков. — О. : Юрид. л-ра, 2000. — 336 с.

2. Ной И. С. Уголовное правоотношение — одна из важных юридических гарантий конституционных прав и свобод граждан / И. С. Ной // *Личность преступника и уголовная ответственность*. — Саратов, 1979.

3. Туляков В. О. Кримінальне право у дискурсі змін: від доктрин до реалізації / В. О. Туляков // *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. — О. : Юрид. л-ра, 2010. — Вип. 54 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. В. О. Туляков. — С. 25–31.

4. Туляков В. А. Виртуальність кримінального права: постановка проблеми / В. А. Туляков // *Генезис публічного права: від становлення до сучасності* : зб. наук. пр. / за ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова, О. В. Козаченка. — Миколаїв : Іліон, 2010. — С. 5–6.

5. Курс російського кримінального права. *Общая часть* / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. — М., 2001. — 767 с.

6. Півненко В. П. Про презумпцію прав потерпілого і пріоритетності прав потерпілого / В. П. Півненко, Є. О. Мірошніченко // *Вісник Верховного Суду України*. — 2004. — № 8. — С. 39–41.

7. Галиакбаров Р. Р. Уголовное право. *Общая часть* / Р. Р. Галиакбаров. — Краснодар, 1999. — 445 с.

8. Аликперов Х. Д. Преступность и компромисс / Х. Д. Аликперов. — Баку, 1992. — 181 с.

9. Наумов А. В. Российское уголовное право. *Общая часть* : курс лекций / А. В. Наумов. — М. : БЕК, 1996. — 560 с.