

Література:

1. Степин В.С. Философская антропология и философия науки / В.С. Степин. – М.: Высш. шк., 1992. – 191 с.
2. Шульц П. Философская антропология / П. Шульц. – Новосибирск: НГУ, 1996. – 118 с.
3. Кант И. Антропология с прагматической точки зрения / И. Кант Сочинения: в 6 т. – М.: Мысль, 1966. – Т. 6. – 480 с.
4. Леви-Стросс К. Предметная область антропологии // Леви-Стросс К. Путь масок / К. Леви-Стросс. – М., 2000. – 357–384; Леви-Стросс К. Руссо – отец антропологии // Леви-Стросс К. Первобытное мышление / К. Леви-Стросс. – М., 1994. – С. 19–29.
5. Рулан Н. Юридическая антропология: учебник / Н. Рулан. – М.: НОРМА, 1999. – 400 с.
6. Carneiro R. L. The Chiefdom: precursor of the State. The Transition to Statehood in the New / R. L. Carneiro. – Cambridge: Cambridge University, 1981.
7. Андрущенко В. П. Сучасна соціальна філософія / В.П. Андрущенко, М. І. Михальченко. – К.: Генеза, 1996. – 368 с.
8. Пост Г. А. Зачатки государственных и правовых отношений / Г.А. Пост. – М.: Институт этнологии и антропологии РАН, 1999.
9. Дюргейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии; пер. с фр. / Э.О. Дюргейм. – М.: Наука, 1990. – 575 с.
10. Орлова Э. А. Культурная (социальная) антропология: учеб. пособие / Э. А. Орлова. – М.: Академический проспект, 2004. – 479 с.

Козаченко О.В., МНЦ ОНЮА

АЛЬТЕРНАТИВИ КРИМІНАЛЬНИЙ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ DE LEGE LATA, DE LEGE FERENDA

Анализируются альтернативы уголовной ответственности с точки зрения выделения материальных и процессуальных составляющих, чем подчеркивается необходимость их согласования в текущем законодательстве. Исследуются традиционные формы альтернативы уголовному наказанию и обосновываются положения относительно необходимости дополнения закона об уголовной ответственности новеллами, соответствующими идеям антропологии.

The alternatives of criminal responsibility are being analysed from the point of assigning the material and procedural constituents, which emphasize the necessity of their adjustment in a current legislation. The traditional forms of alternatives to criminal punishment are being investigated and thesis concerning the necessity of addition the novelty to the criminal responsibility law, which is equal to the idea of antropodicy, is being proved.

Звернення до проблеми застосування альтернативних заходів впливу на особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, обґрунтовується значним поширенням наукової концепції, яка пропонує відмовитися від спрощеного погляду на юридичну практику, що

вкладається в лінійні причинно-слідчі зв'язки, відповідно до яких у кримінальному праві вчинення злочинного діяння є передумовою застосування кримінальної відповідальності. Представники так званої «альтернативної юриспруденції» пропонують не спрощувати характер зв'язків між «викликом», який проявляється у формі злочину і «відповіддю», яка обмежується виключно юридичною відповідальністю, а розглядати цей зв'язок як багатомірний. Якщо визнавати за злочинним певну точку біфуркації, то відповідь з боку держави не повинна вписуватися в систему лінійних відносин, а представляє собою різнопланові, багатовекторні наслідки правового характеру. Проходження точки біфуркації «свідчить про те, що безперервна до цього моменту траєкторія еволюції складної системи розгалужується: після біфуркації система еволюціонує інакше ніж до біфуркації» [1, 21].

За такого підходу змінюється відношення до традиційного для соціологічної школи кримінального права, погляду, який набув ознак юридичної аксіоми, відповідно до якого «порушення норми права і відсутність санкції за це призводить до соціального деконтролю і фактичної ресоціалізації» [2, 359]. З представниками соціологічної школи можна погодитися тільки в одному: відповідь на вчинений злочин повинна бути обов'язковою, але така відповідь повинна мати багатовекторний характер, щоб адекватність такої відповіді якнайбільш повно відповідала самому виклику. За вказаних умов встановлення альтернативних по відношенню до кримінальної відповідальності заходів *de lege lata* і пошуку нових форм впливу на поведінку правопорушника *de lege ferenda*, представляється достатньо актуальним.

Сучасний вимір права і практики його застосування виступає предметом багатьох досліджень як теорії права, так і галузевих юридичних наук. Новітнім підходам до проблематики генезису права присвятили свої роботи Х. Алікперов, Л. Багрій-Шахматов, Л. Головкин, Ю. Оборотов, В. Туляков, П. Фріс та інші науковці, які проводили дослідження як на загальнотеоретичному, так і галузевому рівнях.

Метою публікації є дослідження проблеми сучасного стану (*de lege lata*) і перспектив розвитку (*de lege ferenda*) альтернатив кримінальної відповідальності, яке супроводжується пошуком нових форм впливу на поведінку особи, що вчинила злочин.

Етимологія терміну «альтернатива» пов'язується з сучасним французьким терміном *alternative*, який у свою чергу походить від латинського *alternus* – чергую, змінюю, і має загальний зміст, який охоплює необхідність вибору між двома або кількома можливостями, що виключають одна одну; кожен з цих можливостей [3, 37]. Спеціальний юридичний зміст терміну вказує на наявність декількох юридичних можливостей або ознак, використання однієї з яких виключає можливість застосування іншої.

Дослідження проблеми альтернатив кримінальній відповідальності *de lege lata* вимагає однозначної відповіді на питання фактичної

наявності такої альтернативи у діючому кримінальному праві. Відповідь на питання, чи існують альтернативи кримінальній відповідальності в умовах існування сучасного українського кримінального права, може бути виключно негативною за наступних міркувань.

Загальновизнаною в теорії права є точка зору, відповідно до якої юридична відповідальність в цілому, та її види, зокрема, має амбівалентний характер, який проявляється у наявній позитивній (перспективній) і негативній (ретроспективній) відповідальності, які у своїй сукупності утворюють загальний режим юридичного впливу на особу, що вчинила правопорушення.

При всій різноманітності висловлених в теорії права поглядів на зміст позитивної відповідальності, можна зробити висновок, що більшість з них вписуються у контури юридичної відповідальності як способу закріплення юридичних обов'язків дотримання правових норм, що реалізуються у правомірній поведінці суб'єктів відповідальності, схваленої або заохочувальної державою. Відносно кримінального права позитивна відповідальність виражається, з одного боку, у встановленні обставин, які виключають злочинність діяння, а з іншого – у недопущенні діянь, заборонених в нормах Особливої частини КК України. Аналіз змістовних ознак позитивної кримінальної відповідальності дає можливість зробити висновок, що альтернативи перспективної відповідальності у кримінальному праві відсутні, як відсутні особи, позбавлені обов'язку не вчиняти дії злочинного характеру, навіть за умови, що такі особи наділені імунітетом від кримінальної відповідальності.

Ретроспективна юридична відповідальність характеризується застосуванням заходів впливу на особу, яка вчинила або здійснила приготування чи замах на вчинення правопорушення, і виражається у переживанні правопорушником певних обмежень правового характеру, які ця особа не переживала, якщо вела б себе правомірно. Багатоваріантність підходів представників різних правових шкіл до визначення форм негативної кримінальної відповідальності не дає можливості зробити однозначний висновок про їх кількість, однак представляється, що кримінальне покарання, яке за своїм змістом полягає у визначенні на підставі обвинувального вироку певних позбавлень особі, визнаної винною у вчиненні злочину, обмеження її майнових інтересів, обмеження волі та обмеження у використанні інших соціальних благ, і судимість як певний правовий стан особи, яка була піддана покаранню, що виражається у встановленні для такої особи цілої низки негативних правових наслідків протягом визначеного законом строку, повинні бути віднесені до форм ретроспективної кримінальної відповідальності. Діючим кримінальним законодавством альтернативи судимості, як форми ретроспективної кримінальної відповідальності, не передбачені, тому логічним є висновок, відповідно до якого має сенс говорити виключно про альтернативу кримінальному покаранню.

Таким чином, у сучасному кримінальному праві України відсутні альтернативи кримінальної відповідальності в цілому, а кримінально-правові заходи мають альтернативний характер тільки по відношенню до кримінального покарання, як окремої форми кримінальної відповідальності, якою зміст кримінальної відповідальності не вичерпується.

Правова природа заходів альтернативного по відношенню до кримінального покарання характеру, не достатньо досліджена у зв'язку з відсутністю уваги науковців саме до проблем нормативного визначення заходів, які мають кримінально-правову природу, але не характеризуються ознаками кримінальної відповідальності. Пропонуємо такі засоби впливу на поведінку особи визначати як «інші кримінально-правові заходи», під якими слід розуміти передбачені Кримінальним кодексом (Загальною і Особливою частинами) засоби впливу на поведінку особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння з метою відновлення порушеного права, надання медичної допомоги, перевиховання [4, 43]. Однак не всі інші кримінально-правові заходи мають альтернативний, навіть по відношенню до кримінального покарання, характер.

До кримінально-правових заходів загального рівня, які мають альтернативний до кримінального покарання характер, відносяться: по-перше, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності, але яким не виповнилося вісімнадцяти років на момент вирішення питання про застосування примусових заходів виховного характеру, по-друге, примусові заходи медичного характеру, які застосовуються до осіб, визнаних обмежено осудними. При цьому необхідно враховувати, що вказані заходи мають альтернативний до покарання характер виключно за наявності вказаних умов. Так, не можна визнати альтернативними примусові заходи виховного характеру, які відповідно до ст. 7-3 КПК України призначаються особам, що вчинили суспільно небезпечне діяння, досягнувши одинадцятирічного віку і не досягнувши віку кримінальної відповідальності. Примусові заходи медичного характеру, на перший погляд, не можуть бути віднесені до альтернативних заходів, оскільки відповідно до ст. 93 КК України вони застосовуються до осіб, які вчинили злочин у стані неосудності, обмеженої осудності, після вчинення злочину захворіли психічною хворобою до постановлення вироку або під час відбуття покарання. Дійсно, застосування примусових заходів медичного характеру відносно неосудних осіб не може розглядатися як альтернатива кримінальній відповідальності, оскільки неосудність виключає кримінальну відповідальність взагалі (ч. 2 ст. 19 КК України). Що стосується застосування аналогічних примусових заходів відносно обмежено осудних осіб, то вони мають альтернативний характер, який визначається положенням ст. 20 КК України в частині 2 якої суду надається право призначити примусові заходи медичного характеру такій особі. Опосередковано на альтерна-

тивний характер примусових заходів медичного характеру, які застосовуються до обмежено осудних, вказує і дослідження правової природи обмеженої осудності, яка, на думку доцента Орловської Н.А., має похідний характер від осудності, а не від неосудності, що дає можливість застосування або примусових заходів медичного характеру, або кримінальної відповідальності – залежно від стану психічного здоров'я особи.

Що стосується можливості застосування альтернативних заходів на одиничному рівні – рівні окремого складу злочину (такий рівень виводиться на підставі визнання існування загального рівня – Особливої частини КК України, особливого рівня – в межах окремого розділу Особливої частини), то вона діючим законодавством не передбачена, оскільки заохочувальні норми з елементами дійового каяття не мають альтернативного характеру, а застосовуються на засадах імперативності. Не визначаються альтернативним характером і заходи, які призначаються відповідно до санкцій окремих статей поряд з покаранням. Так, наприклад, відповідно до санкції статті кримінального закону, в якій передбачена відповідальність за вчинення контрабанди наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 305 КК України), поряд з видами кримінальних покарань, визначених в Загальній частині КК України використовується захід, який не має ознак покарання – конфіскація предметів контрабанди, але застосовується на додаток до покарання і тому не має самостійного, а значить, і альтернативного характеру.

Нормативне визначення альтернативних, по відношенню до кримінальної відповідальності, форм впливу на злочинця *de lege ferenda* повинно розглядатися як один з напрямків гуманізації кримінального законодавства і вдосконалення принципу адекватності застосування кримінально-правових заходів відповідно до тяжкості вчиненого злочину і особистості злочинця. Оптимізація зазначеного принципу кримінального права в умовах сучасності вимагає відмовитися від погляду на кримінальну відповідальність як на єдину відповідь з боку держави на факт вчинення злочину і вимагає нормативного забезпечення застосування інших заходів, які не характеризуються ознаками позбавлень, притаманних кримінальній відповідальності.

Крім того, застосування альтернативних кримінальній відповідальності заходів, вкладається в схему подальшого генезису кримінального права на засадах антроподицеї. Антроподицея, як світоглядна позиція, на якій повинна здійснюватися розбудова сучасного кримінального права, орієнтує кримінально-правові встановлення не тільки, і не стільки на укріплення публічних засад і охоронної функції кримінального права, скільки на встановлення засад відновлювальної юстиції, за допомогою якої буде відновлений той соціальний порядок, який існував до вчинення злочину і якому була заподіяна шкода суспільно небезпечним діянням. Таким чином, антроподицея диктує домінування ознак відновлювальної юстиції і депеналізації,

за якими визнається пріоритетність при формуванні законодавчих приписів. Якщо депеналізація безпосередньо не пов'язана з пошуком альтернативних форм кримінальної відповідальності, то відновлювальна юстиція, в першу чергу, вимагає забезпечення прав потерпілої особи в пріоритетному порядку, що повинно здійснюватися в умовах застосування альтернативних по відношенню до кримінальної відповідальності заходів.

Альтернативні заходи за своєю юридичною природою визначаються певною амбівалентністю нормативного змісту, яка знаходить відображення в положеннях матеріального і процесуального характеру. Таким чином, інститут альтернативних, по відношенню до кримінальної відповідальності, заходів має комплексний характер, оскільки його зміст визначається положеннями як кримінального, так і кримінально-процесуального законодавства.

Матеріальна складова характеризується визначенням підстав відмови від застосування кримінальної відповідальності за умови застосування інших кримінально-правових заходів. При цьому кримінально-правові заходи і кримінальна відповідальність мають однопорядковий характер, визначений їх правовою суттю, яка полягає в тому, що і притягнення до кримінальної відповідальності, і застосування інших кримінально-правових заходів, які не характеризуються ознаками позбавлень, притаманних відповідальності, виступають законними формами реагування держави в особі повноважних органів на факт вчинення злочину.

Процесуальна складова визначається дискреційними засадами діяльності суб'єктів кримінального процесу, серед яких виключно суд має можливість приймати рішення на власний розсуд, тобто на дискреційних засадах. Вказаних можливостей на сьогодні позбавлені органи досудового розслідування і прокурор, які не можуть приймати рішення про закриття провадження у кримінальних справах з реабілітуючих обставин, яке виноситься на засадах дискреції, а наявні повноваження здійснювати закриття кримінальних справ з реабілітуючих обставин реалізуються на імперативних засадах, оскільки, наприклад, відсутність складу злочину виключає можливість подальшого провадження взагалі і ніякого права вибору на прийняття того або іншого рішення не породжує.

Матеріальна і процесуальна складові є невід'ємними елементами інституту альтернативи кримінальній відповідальності, оскільки, як показує практика застосування комплексних інститутів, положення однієї галузі права не завжди погоджуються з положеннями іншої, що породжує правові колізії. Достатньо репрезентативним прикладом такого становища є використання у санкціях окремих статей кримінального закону вказівок на застосування кримінально-правових заходів, направлених на конфіскацію предметів злочинів. І навіть питання не в тому, що правова природа таких заходів діючим законодавством не визначається, оскільки такий вид конфіскації немає

ніякого відношення до конфіскація майна [5], а в тому, що доцільність нормативного закріплення у санкціях відповідних статей таких заходів взагалі відсутня. Наприклад, у ст. 305 КК України передбачена конфіскація предметів контрабанди – наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, причому правова природа такої конфіскації не визначена: нормативне закріплення в санкції статті Особливої частини не дозволяє зробити висновок про те, що такий вид конфіскації є видом покарання, оскільки в переліку покарань конфіскація предметів злочинів не передбачена (ст. 51 УК України). А надлишковість деталізації законодавцем питання конфіскації предметів контрабанди доводиться тим, що відповідно до ст. 78 КПК України предмети контрабанди відносяться до речових доказів, які вилучаються, приєднуються до кримінальної справи і подальша доля яких вирішується судом у вирок.

Таким чином, подальше розширення перспектив застосування альтернативних заходів вимагає системного корегування як матеріального, так і процесуального законодавства, яке може здійснюватися на наступних засадах.

Процесуальне підґрунтя застосування альтернатив кримінальній відповідальності вимагає подальшої оптимізації судової дискреції шляхом розширення сфер її застосування. Не зайвим буде нагадати, що діяльність суду здійснюється на двох засадах – імперативності та дискреції. Імперативність передбачає прийняття кримінально-процесуального рішення виключно на підставі чітко визначеного в законі положення, в якому і визначається зміст такого рішення. Дискреційні підвалини судової діяльності характеризуються визначенням законодавцем правом, наданого суду на прийняття рішення в межах закону, але на засадах *ad hoc*. Таким чином, амбівалентність природи судової дискреції визначається правом судді вирішувати питання, віднесені до його компетенції, на власний розсуд, звісно за умови формування внутрішнього переконання, яке виникає на підставі дослідження обставин вчиненого злочину і обмеженості права на розсуд на законодавчому рівні. Оцінюючи сучасний стан відношення законодавця до проблеми визначення меж судової дискреції, слід зазначити, що внесенням змін до кримінального закону України у 2008 році, яке здійснювалось під загальним гаслом гуманізації кримінального законодавства [6], судова дискреція суттєво обмежується встановленням максимального покарання за приготування або замах на вчинений злочин обов'язковим застосуванням положень ст. 69-1 КК України. Представляється, що, по-перше, навряд чи слід вважати обмеження судової дискреції шляхом гуманізації кримінального законодавства, інакше приходимо до висновку, що судова дискреція, яка в правовій державі розглядається як безальтернативна підстава здійснення справедливого правосуддя, має антигуманний характер. По-друге, розширення судової дискреції в розумних межах, необхідних для забезпечення змагальності і диспозитивності розгляду кримінальних

справ, є обов'язковою передумовою для можливості застосування заходів альтернативного характеру, яким надається перевага порівняно з кримінальною відповідальністю.

Корегування положень матеріального права, якими визначаються умови застосування альтернативних, по відношенню до кримінальної відповідальності заходів, повинно здійснюватися за двома напрямками, які можна умовно визначити як новели і традиції.

До найбільш потенційно перспективних новел кримінального законодавства слід віднести інститут медіації, який отримує в якості новели значне поширення в постсоціалістичних державах і має традиційний характер у більшості європейських країн, 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 питання про наявність підстав та дотримання порядку примирення, особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, звільняється від кримінальної відповідальності за умови виконання тих обов'язків, які були обумовлені потерпілою стороною як «вибачення» за вчинений злочин.

Перспективність медіації в Україні обґрунтовується, в першу чергу, існуванням у 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 як рушійну силу кримінального процесу змагання сторін, незалежно 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.

Що стосується використання вже закладеного у діюче кримінальне законодавство потенціалу по більш широкому застосуванню альтернативних заходів, представляється можливим розширення меж застосування примусових заходів виховного характеру до осіб, які вчинили необережні злочини, не залежно від ступеня тяжкості такого злочину. Реалізація вказаної пропозиції відповідає принципам, які були закладені в Мінімальних стандартних правилах ООН (1985р.), що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (так звані «пекінські правила»), відповідно до яких сформульована вимога

на послідовне проведення принципу домірності («мінімальної достатності») при виборі заходів впливу щодо неповнолітнього, враховуючи тяжкість, мотиви і причини вчинення діяння. Незначна ступінь тяжкості необережного злочину дає можливість, з урахуванням особистості неповнолітнього, вирішувати питання про застосування примусових заходів виховного характеру як альтернативу кримінальній відповідальності.

Література:

1. Ласло Э. Макросдвиг (к устойчивости мира курсом перемен). – Москва, 2004.
2. Варданыц Г.К. Социологическая теория права. – Москва, 2007.
3. Словник української мови в 7 томах / За редакцією І.К. Білодіда. – Том 1. А-В. – К.: «Наукова думка», 1970.
4. Козаченко О. Теоретичне визначення змісту та меж застосування кримінально-правових заходів // Право України. – 2005. – № 10.
5. Козаченко О.В. До проблеми вдосконалення кримінально-правових заходів боротьби з контрабандою наркотичних засобів // Митна справа. – 2004 – № 4.
6. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності: Закон України від 15 квітня 2008р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 24. – ст. 236