
УДК 343.241:343.162

А. С. Макаренко

**СПІВВІДНОШЕННЯ ФОРМАЛЬНИХ
ТА ДИСКРЕЦІЙНИХ ЗАСАД НА РІЗНИХ РІВНЯХ
ПЕНАЛІЗАЦІЇ ЗЛОЧИННИХ ДІЯНЬ**

Останнім часом у науці кримінального права все більше вчених звертають увагу на той факт, що стрижневим питанням сьогодення є проблема якості та ефективності кримінального закону. При цьому задача аналізу соціальної обумовленості та ефективності кримінального закону стає все більш гострою внаслідок необхідності глибинного пізнання процесів криміналізації і пеналізації суспільства, закономірностей контролю над злочинністю, прогнозування ефективності превентивних функцій кримінального закону. Більше того, як зауважує В. О. Туляков, відбувається віртуалізація правової норми, за якої формальна наявність заборони нейтралізується не обов'язковістю або неможливістю (матеріальною або процесуальною) його виконання [1, с. 5]. В ідеалі застосування кримінально-правової норми є її незастосуванням. Але саме ця остаточність заходів кримінально-правового примусу, їх адитивність, зорієнтованість на правозастосувачів та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, поруч з іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які у сумі дають можливість говорити про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи [2, с. 43]. Усе це зумовлює нагальну потребу у науковому та професійно-практичному осмисленні закономірностей криміналізації і пеналізації.

У загальному вигляді видається, що пеналізація злочинів — це процес визначення караності діянь, передбачених Кримінальним кодексом України (далі — КК України). Однак зрозумілим є те, що процес реалізації кримінальної заборони передбачає, з одного боку, закріплення потенційно тих мір реагування держави на девіантні прояви поведінкових актів, які можуть бути застосовані, а з іншого боку, — діяльність

конкретну, що має місце при застосуванні тих заходів кримінально-правового характеру, що закріплені на теоретично-законодавчому рівні. У зв'язку з цим можливим є розгляд питання про виділення видів пеналізації злочинів у залежності від суб'єкта (рівня) її здійснення.

Власне термін «пеналізація» (від лат. *poena* — «покарання» і *actio* — «дія») вживається у науковому обігу і не є законодавчим. Це і зумовлює відсутність єдності у підходах до його визначення. На думку, зокрема, Ю. А. Пономаренка та ще деяких науковців, пеналізацією є визначення видів і розмірів покарань, що можуть бути застосовані за їх вчинення [3, с. 60; 4, с. 137; 5, с. 123]. Деякі вчені до цього ще й включають процес призначення покарання [6, с. 7–8; 7, с. 309; 8, с. 94]. А тому в науці визначення того, які саме органи здійснюють пеналізацію злочинів, є дискусійним.

Одні вчені вважають, що пеналізація здійснюється виключно законодавцем, інші ж вважають, що її здійснює ще й суд, призначаючи покарання. Так, Ю. А. Пономаренко дотримується першої позиції. Підкреслюючи відмінні ознаки процесу пеналізації і процесу призначення покарання, вчений зазначає, що результатом пеналізації є потенційна кримінальна відповідальність, результатом же призначення покарання — реальна кримінальна відповідальність. Потенційна кримінальна відповідальність традиційно визначається з допущенням судової дискреції, яскравим свідченням чого є відносна визначеність покарань практично у всіх санкціях статей Особливої частини КК України. Реальна ж кримінальна відповідальність, яка визначається судом вже з використанням його дискретних можливостей, завжди чітко конкретизована за видами та розмірами покарань [9, с. 71].

На нашу думку, з наведених слів ученого саме і підтверджується, що суд, призначаючи покарання, і забезпечує реалізацію пеналізації, визначеної законодавцем, у житті. Право як таке оперує абстрактними поняттями, такі норми без застосування їх до реальної дійсності є лише потенцією. Суд як правозастосувальний орган забезпечує застосування кримінального законодавства у конкретних випадках призначення покарання. Тому ми вважаємо, що питання суб'єктів процесу пеналізації можна розглядати у вузькому сенсі — законодавець як єдиний суб'єкт, та широкому — законодавчий та судові органи. При цьому ми ніяким чином не абсолютизуємо роль суду при встановленні конкретної міри покарання.

Дійсно, як таке встановлення злочинності (криміналізації) і караності (пеналізації) діянь належить законодавцю, суд при призначенні покарань не має права виходити за встановлені законодавцем межі (наприклад, призначити покарання у вигляді позбавлення волі, якщо воно не передбачено санкцією, або вийти за максимальні межі покарання, встановлені санкцією Особливої частини КК, коли немає підстав для застосування ст. ст. 70, 71 КК тощо). Однак діяльність судді з застосування санкції при визначенні конкретної міри покарання особі, визнаній вин-

ною у вчиненні злочину, не можна назвати не чим іншим, як пеналізаційним процесом. Суд не створює нових законодавчих приписів, він лише забезпечує перетворення потенційної відповідальності у реальну персоніфіковану.

Більше того, таку позицію можна підтвердити і приписами кримінального закону. На обґрунтування своєї позиції той же Ю. А. Пономаренко відзначає, що пеналізація є діяльністю законодавця через те, що полягає у «передбаченні» (ч. 1 ст. 50 КК) або «визначенні» (ч. 3 ст. 3 КК) покарання у законі, в тому плані, що законодавець передбачає (визначає) як у цілому систему і окремі види покарань, так і караність окремих злочинів зокрема [9, с. 75]. Ми можемо до цієї пари приписів «передбачає» — «визначає» доповнити ще «встановлює» (призначає). Суд встановлює (призначає) караність конкретного злочину конкретній особі (ст. 65 КК) і таким чином забезпечує або реалізує пеналізацію у тих межах, яка встановлена законодавцем. Законодавець, закріплюючи види покарань у певних розмірах (строках), закладає ймовірну наперед встановлену караність діянь. Проте конкретну караність діяння, вчиненого певною особою, суд встановлює на власний розсуд при призначенні покарання, враховуючи конкретні обставини справи.

У цьому зв'язку правильно відзначає О. В. Наден: «Правозастосовчий рівень кримінально-правового регулювання — це діяльність держави по реалізації кримінально-правових норм щодо конкретних осіб, які вчинили злочини. Така реалізація здійснюється виключно судом у формі застосування таких норм. Застосування норми кримінального права полягає у послідовному застосуванні спочатку її гіпотези, потім — диспозиції (традиційної або альтернативної). Тому кримінально-правове регулювання на правозастосовчому рівні розпадається на дві юридично-значимі дії (які, проте, оформлюються одним правозастосовчим актом):

а) кримінально-правову кваліфікацію юридичного факту. Такимим юридичними фактами є злочин, позитивна посткримінальна поведінка, а в окремих випадках — події (що, на нашу думку, не завжди обґрунтовано);

б) визначення кримінально-правових наслідків появи такого юридичного факту — покладення кримінальної відповідальності; повне чи часткове звільнення від неї» [10, с. 32].

Виходячи з цього, ми дотримуємося позиції, що необхідно пеналізацію злочинів розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них. А тому залежно від суб'єктного складу (або рівня здійснення) пеналізація злочинів поділяється на:

1) законодавчу/теоретичну/потенційну — визначення характеру караності злочину законодавцем;

2) судову/практичну/фактичну — визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину.

З метою переосмислення вітчизняного кримінально-правового механізму видається доцільним дослідити і проаналізувати особливості встановлення кримінально-правового примусу на різних пеналізаційних рівнях крізь призму типів правового регулювання.

Законодавча пеналізація кримінальних правопорушень. Якість і стабільність кримінального закону визначається його науковою обґрунтованістю і логічно витриманою концептуальною основою [11, с. 342]. Зміни, що вносяться до КК України та які направлені на підвищення якості останнього, не повинні порушувати систему кримінального закону. Однак вони є закономірним результатом міждисциплінарної взаємодії права, відносної сталості виокремлення предмета вивчення окремої науки та у цілому направлені на оптимізацію всього механізму правового регулювання суспільних відносин. На думку М. Н. Марченко, системність права забезпечується зусиллями юридично грамотного, високо професійного законодавця, який у своїй правотворчій діяльності у максимальній мірі намагається відобразити і «трансформувати» системність суспільства, зокрема, суспільних відносин, що регулюються за допомогою правових норм, у системність актів, які ним приймаються, і, у кінцевому рахунку, — у системність всього права [12, с. 13]. При цьому системність кримінального права є його якісною характеристикою і невід'ємним атрибутом, притаманна за своєю сутністю і природою даній галузі права. Системність полягає у внутрішній єдності структурних елементів кримінального права як цілого, наявності між ними відносин і зв'язків, що характеризуються упорядкованістю, логічною узгодженістю і несуперечністю [13, с. 314].

19 листопада 2012 року набрав чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України), яким законодавець ввів певну новизну до сталих механізмів кримінально-правового регулювання. Так, новими кримінально-процесуальними нормами визначається не тільки поняття закону про кримінальну відповідальність (п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України), а й напрями розвитку кримінального права, якими є введення до кримінального права інституту кримінальних проступків.

Розробка, наукова апробація та введення виду такого забороненого діяння, як проступок, до кримінально-правової матерії є віддзеркаленням динамічної міждисциплінарної взаємодії галузей права, зокрема, кримінального права та адміністративного, а безпосередньо при впровадженні механізму реалізації ще й кримінального процесу. Як відмічає В. О. Туляков, відомою є позиція, що кримінальна заборона сьогодення, яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку. Водночас і стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, так само знаходиться у розвитку. У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, що зумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних дого-

ворів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо. У другому випадку маються на увазі інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *sui generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин [14].

Питання передбачення адекватних заходів реагування на вчинення кримінального проступку, напевно, на даному етапі законодавчих нововведень складає чи не найбільшу проблему. З метою створення оптимального механізму регулювання девіантних проявів у вигляді кримінальних правопорушень, необхідно розробити таку систему мір кримінально-правового впливу, яка максимально враховуватиме особливості діяння та діяча, тобто сприятиме реалізації принципів диференціації кримінальної відповідальності та індивідуалізації покарання. При цьому зрозумілим є те, що таким чином законодавець здійснює теоретичну (потенційну) пеналізацію кримінальних правопорушень. Звідси визначається певний об'єм дискреційних повноважень для вирішення питань прикладного характеру «з поправкою» на суддівський розсуд, що забезпечує гнучкість кримінально-правової матерії. З іншого боку, певні дослідження законодавства зарубіжних країн свідчать про те, що законодавець вдається до застосування системи типових санкцій, як за моделлю градування видів злочинних діянь, так і закріпленням багатоступінчатої моделі видів заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються за їх вчинення [15, с. 108–112]. Це має наслідком формалізацію правозастосовочого процесу, конкретизацію виду і «об'єму» примусу на рівні закону, елімінацію розсудового елемента, а отже, і подолання суб'єктивізму в праві, недопущення зловживання правом і, в цілому, запобігання корупційних практик.

Відповідно до норм кримінального законодавства європейських країн виділяється три системи покарань, в основі яких лежить свій особливий критерій класифікації заходів кримінально-правового примусу [16, с. 36]. У результаті дослідження такого законодавства (КК Італії, КК Литви, КК Польщі, КК Франції, КК ФРН, КК Швейцарії), яке може слугувати підґрунтям для новелізації вітчизняного, можемо зробити такі висновки:

1) кримінальному законодавству європейських країн може бути характерна як одна система покарань, так і декілька підсистем заходів кримінального впливу (покарань основних та додаткових, так і покарань та інших кримінально-правових мір);

2) такі системи кримінально-правових заходів, їхня структура перебувають у діалектичному зв'язку з класифікацією кримінально караних діянь у цілому та, поряд з виокремленням поняття кримінального проступку, класифікацією самих злочинів зокрема. Особливо специфіка мір кримінально-правового характеру простежується при визначенні зако-

нодавчого підходу до правової природи кримінально караних діянь. Так, якщо законодавець виділяє кримінальний проступок та злочин, не проводячи класифікацію останнього, покарання за кримінальний проступок, крім іншого, полягає й у позбавленні волі. При наведенні поряд з кримінальним проступком ще й класифікації злочинів, при якій виділяються менш тяжкі злочини (фактично злочини невеликої тяжкості за українським кримінальним законодавством), покарання за кримінальний проступок будуть складати менш тяжкі його види, в деяких випадках максимальним покаранням буде арешт. При цьому покарання за кримінальні проступки в основному полягають в інших мірах кримінально-правового характеру. Як видається, такою закономірністю потрібно озброїтися при вирішенні питань введення інституту кримінального проступку до КК України;

3) фактично інші міри кримінально-правового впливу, які існують поряд з покаранням у КК європейських країн, є аналогом додаткових покарань за КК України.

У цьому зв'язку О. В. Юношев відмічає, що роль додаткових покарань у кримінальному праві України полягає у тому ж, у чому полягає роль більшості «заходів безпеки» у кримінальному праві держав Західної Європи — передусім, у запобіганні вчиненню нових злочинів засудженими. Разом з тим головна мета основних покарань — це кара і загальна превенція, а індивідуальна превенція і виправлення засуджених — це другорядна роль основних покарань. Тому, наприклад, позбавлення (обмеження) права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю не повинно бути як додатковим, так і основним покаранням. Його слід застосовувати тільки як додаткове [16, с. 37].

У проекті Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» № 10126 від 28 лютого 2012 року, внесеного народними депутатами України, запропоновано доповнити ст. 51 КК України частиною другою такого змісту: «2. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види покарань: 1) штраф; 2) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 3) громадські роботи». Також у цьому проекті ст. 52-1 «Основні та додаткові покарання за вчинення кримінальних проступків» встановлює, що: 1. Основним покаранням за вчинення кримінальних проступків є штраф. 2. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадські роботи можуть застосовуватися як основні, так і як додаткові покарання.

Необхідно відмітити, що єдиної позиції на рахунок того, яка форма відповідальності повинна наступати за вчинення кримінального проступку, серед законодавчих проектів та у наукових колах немає. На нашу думку, слухним є зауваження О. П. Рябчинської, що пропозиція, щоб до осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом застосовувались покарання, буде суперечити положенням ч. 1 ст. 50,

згідно з якою покарання застосовується тільки до осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, і має на меті «запобігання вчиненню нових злочинів», рівно як і іншим положенням чинного Кримінального кодексу, в яких регламентуються підстави притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів (готування та замах на злочин, співучасть у злочині та множинність злочинів тощо). В разі врахування подібної пропозиції порушиться системність кримінального права, яка виявляється у несуперечливості понять і термінів (понятійного апарату) [17, с. 214–215].

Динаміка кримінального права, що пов'язана з оперуванням поняттям «кримінальне правопорушення», вимагає нормативного розширення кола заходів кримінально-правового характеру, що забезпечить адекватність кримінальної заборони. Тому ми дотримуємося позиції, що відповідальність за кримінально карані діяння необхідно реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків без наслідку у вигляді судимості. Такі наслідки вчинення кримінальних правопорушень повинні мати структурований характер та перебувати у системному зв'язку з класифікацією правопорушень на проступки і злочини і категоризацією самих злочинів на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

При цьому, зберігаючи категорію злочинів невеликої тяжкості, для підкреслення відмежування їхнього ступеня суспільної небезпеки від ступеня суспільної небезпеки кримінального проступку, за вчинення злочинів невеликої тяжкості може бути призначене покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі строком до двох років або більш м'який вид покарання, передбачений у системі покарань, яка може бути застосована лише за вчинення злочинів.

За вчинення кримінального проступку може бути накладене стягнення, яке не пов'язане з обмеженням або позбавленням волі. Стягнення можуть відрізнитись від покарань за злочини за розмірами, якщо вести мову про штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Однак за своєю суттю система стягнень має бути відмінна від системи покарань.

Існуюча система покарань, передбачена у ст. 51 КК України, повинна зазнати змін в аспекті закріплення різних підсистем покарань залежно від порядку призначення покарань — основні чи додаткові. На нашу думку, не можуть складати одну систему покарання різної юридичної сили (за порядком призначення), це порушує логічне правило побудови системних норм. До речі, інший алгоритм побудови системи покарань знаходить відображення у багатьох кодексах європейських держав, у яких дуже часто, як ми вже відзначали, роль додаткових покарань репрезентують інші заходи кримінального впливу, які тим більше закріплюються у вигляді окремої системи. Ще одним чинником, що дає право дотримуватися такого підходу, є намагання чітко підкреслити різні за

ступенем «жорсткості» системи заходів державного примусу — основних покарань за злочини та стягнень за проступки. В останній системі всі міри пропонується закріпити одного порядку.

При цьому такий вид покарання, як тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, необхідно виключити. Для забезпечення виконання покарання цього виду держава залучає таку кількість працівників, що в декілька разів перевищує число осіб, до яких застосовується покарання у вигляді тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців. Відтак, вбачається неефективним та недоцільним функціонування такої установи виконання покарань, як дисциплінарний батальйон у Збройних Силах України. Усі інші покарання, передбачені для засуджених військовослужбовців, слід визнати ефективними у випадку їх трансформації у стягнення за кримінальні проступки [18, с. 117]. Службові обмеження для військовослужбовців за своїм змістом являють виправні роботи, які застосовуються з урахуванням того, що засуджений є військовослужбовцем. А тому дана міра примусу може не фігурувати як окремий вид покарання (стягнення), а бути прописаний у статті про виправні роботи.

За своєю природою кримінальний проступок є кримінальним правопорушенням пониженого ступеня суспільної небезпеки у порівнянні зі злочинами невеликої тяжкості. Їх вчинення своїм наслідком мають порушення прав та інтересів людини та громадянина, юридичної особи тощо. У такому випадку є доцільним вести мову про відновлення таких порушених прав. Як видається, така ревіталізація об'єкта кримінально-правової охорони повинна здійснюватися саме в передбаченому кримінальним законом порядку. А тому закономірним є віднайдення мір кримінально-правового характеру (у пропонованому нами варіанті мова йде про стягнення), яке буде володіти ретрибутивним характером. Тим більше це кореспондуватиме із законодавчо взятим курсом на гуманізацію кримінальної відповідальності, що втілюється у переорієнтації правотворчої та правозастосовчої дійсності на застосування альтернативних компенсаційних видів покарання (штраф, виправні роботи тощо). Саме такою мірою повинен стати обов'язок відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, який, як умова застосування деяких інститутів (звільнення від кримінальної відповідальності, призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання), не є зовсім новим для вітчизняної доктрини, законодавства і практики.

Так, у 1996 р. побачив світ Проект Кримінального кодексу України, внесений на обговорення народним депутатом України О. Матковським. Специфічною ознакою цього Проекту було окреме виділення системи покарань, які можуть застосовуватись до фізичних та до юридичних осіб [19, с. 581]. Частина 1 ст. 55 перелічувала 9 покарань, які могли застосовуватись до фізичних осіб, які вчинили карані діяння. Серед останніх зазначувались і ті, які відносяться до майнових, а саме: а) кримінальна реституція; ...в) штраф; г) конфіскація майна, знарядь і засобів вчинення зло-

чину [20, с. 25]. Передбачались майнові покарання і щодо юридичних осіб, які вчинили особливо тяжкий злочин, а саме: а) кримінальна реституція; б) штраф; в) конфіскація знарядь і засобів вчинення злочину (ч. 2 ст. 55).

Кримінальна реституція, тобто обов'язок відшкодування збитку, передбачалася ст. 56 Проекту. Варто зазначити, що пропозиція запровадження цього виду покарання, незважаючи на здавалося б усю свою оригінальність, не була винаходом автора досліджуваного законопроекту. Про потребу запровадження кримінальної реституції згадував ще Проект Кримінального кодексу України 1993 р., авторський колектив якого очолював В. Смітійко [21, с. 28]. Відповідно до ч. 1 зазначеної статті, кримінальна реституція полягає у примусовому та обов'язковому відшкодуванні засудженим завданої потерпілому матеріальної і моральної шкоди [21, с. 25]. Передбачалось, що питання про застосування кримінальної реституції підлягатиме обов'язковому розглядові судом у будь-якій кримінальній справі. Незастосування цього виду покарання повинно було бути мотивовано у вирокі з повідомленням про це потерпілого (ч. 2 ст. 56) [21, с. 25].

Як видається, такі міри кримінально-правового впливу мають право на нормативну регламентацію. Тим більше у наукових колах уже давно доведена необхідність і підкреслена «зрілість» концепції поділу кримінально-правових мір не лише на покарання, а й на інші заходи, що знаходиться у корелятивному зв'язку з проведеною таксономією кримінально караних діянь (правопорушень) з вичлененням серед останніх відмінного від злочину видового елемента (кримінального проступку). Так, В. О. Туляков зазначає, що при стабільному зростанні злочинності сучасне кримінальне право вимушене бути у постійному пошуку заходів реагування: здебільшого це пов'язано із диспозитивністю відносин (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція) та пошуком альтернативних заходів реагування на кримінальні конфлікти [2, с. 42]. І далі вчений пише, що заходи безпеки, інші кримінально-правові заходи — вид державного реагування на менш небезпечні, ніж злочини, девіації (кримінальні проступки) чи на кримінальний статус особистості з профілактичними, некаральними цілями [2, с. 44].

Якщо говорити про законодавство зарубіжних країн, то міри компенсаційного характеру вже давно закріплені законодавчо і апробовані практикою. Ми вже зазначали, що роль таких мір репрезентують інші, відмінні від покарання, заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються за вчинення незначних кримінальних правопорушень. Так, за КК Польщі до кримінально-правових заходів, крім іншого, відносяться: 1) обов'язок відшкодувати шкоду; 2) грошова компенсація (nawiazka); 3) грошова виплата (swiadczenie pieniezne). Відповідно до § 1 ст. 46 цього Кодексу у випадку засудження за злочин, який призвів до смерті, тяжкого розладу здоров'я, порушення органів тіла або розладу здоров'я, за злочини проти безпеки руху або злочини проти навколишнього середовища, власності або господарського обігу суд за заявою

потерпілого або іншої уповноваженої особи зобов'язує відшкодувати шкоду повністю або частково; положення цивільного права про сплив строку давності за претензіями, а також можливості призначення платежів не застосовуються.

Як відомо, КК Російської Федерації (далі — КК РФ) нормативно закріплює інститут інших кримінально-правових заходів, що зі змінами від 18 квітня 2013 р. Законом України № 222-VII знайшли відображення і в КК України у частині спеціальної конфіскації. Так розділ VI КК РФ йменується як «Інші міри кримінально-правового характеру», до останніх відносяться примусові заходи медичного характеру» (глава 15) та конфіскація майна (глава 15.1). Крім цього, у даному розділі російський законодавець регламентує ще один кримінально-правовий захід — відшкодування завданого збитку. Відповідно до ч. 1 ст. 104.3 КК РФ при вирішенні питання про конфіскацію майна відповідно до ст. ст. 104.1 та 104.2 цього Кодексу у першу чергу повинно бути вирішене питання про відшкодування збитку, завданого законному власнику. А згідно з ч. 2 цієї ж статті при відсутності у винного іншого майна, на яке може бути звернене стягнення, крім указанного у ч. 1 та 2 ст. 104.1 цього Кодексу, з його вартості відшкодовується шкода, завдана законному власникові, а частина, що залишилася, звертається у дохід держави. Отже, за КК РФ, така міра, як відшкодування завданого збитку, при вирішенні певних питань набуває обов'язкового характеру і є не чим іншим, як мірою стягнення, про що йде мова у тексті закону.

Таким чином, як бачимо, такий вид кримінально-правової міри, як обов'язок відшкодування шкоди, направлений на компенсацію результатів вчинення кримінально караного діяння та відновлення порушеного стану об'єкта. Такий захід безпеки існує поряд із грошовими компенсаціями та виплатами (аналог штрафу за українським законодавством), конфіскацією майна, що підкреслює відмінність правової природи таких мір кримінально-правового характеру та доцільність їхнього нормативного регламентування.

Як видається, стягнення, що будуть застосовуватися за вчинення кримінальних проступків, повинні володіти певним каральним зарядом, оскільки знаходяться в кримінально-правовій площині і є наслідком скоєння кримінально караного діяння. Такі заходи спрямовані на обмеження прав і свобод засудженого і покликані відновити попередній стан порушених суспільних відносин. Тому мета покарання, передбачена у ст. 50 КК України, застосовна і до стягнень. Враховуючи зазначене, пропонуємо внести до КК України такі зміни.

Розділ X „Покарання та його види» перейменувати у «Покарання і стягнення. Їхні види».

Статті 50, 51 та 52 КК України викласти в таких редакціях:

«Стаття 50. Поняття покарання і стягнення та їхня мета

2. Стягнення є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні кримінального

проступку, і полягають у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

3. Покарання і стягнення мають на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як засудженими, так і іншими особами, а також відновлення соціальної справедливості».

Частину 3 ст. 50 визнати відповідно частиною четвертою.

«Стаття 51. Види покарань

1. До осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі основні види покарань:

- 1) штраф;
- 2) громадські роботи;
- 3) виправні роботи;
- 4) арешт;
- 5) обмеження волі;
- 6) позбавлення волі;
- 7) довічне позбавлення волі.

2. До осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі додаткові види покарань:

- 1) штраф;
- 2) позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу;
- 3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;
- 4) конфіскація майна.

3. За один злочин може бути призначено лише одне основне покарання, передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу. До основного покарання може бути приєднане одне чи декілька додаткових покарань у випадках та порядку, передбачених цим Кодексом.

4. Ухилення від покарання, призначеного вироком суду, має наслідком відповідальність, передбачену статтями 389 та 390 цього Кодексу».

«Стаття 52. Види стягнень

1. До осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального проступку, судом можуть бути застосовані такі види стягнень:

- 1) обов'язок відшкодування збитку або усунення заподіяної шкоди;
- 2) штраф;
- 3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;
- 4) громадські роботи;
- 5) виправні роботи.

2. За один проступок може бути призначено одне чи кілька (але не більше двох) стягнень у випадках та порядку, передбачених цим Кодексом.

3. Стягнення у виді громадських та виправних робіт не можуть призначатися у сукупності одне з одним».

Система заходів реагування на вчинення кримінального проступку могла би бути іншою. Вирішення питання караності цього виду кримінального правопорушення залежить, по-перше, як від класифікації як кримінальних правопорушень у цілому, так і категоризації самих злочинів, а звідси, по-друге, від того, чи буде у класифікації самих злочинів збережені злочини невеликої тяжкості. У законодавчих проектах пропонується все-таки за вчинення кримінальних проступків призначати покарання. Такий підхід, на нашу думку, не узгоджується з самою ідеєю чіткого відмежування категорії кримінального проступку від злочинів у цілому та злочинів невеликої тяжкості зокрема. Якщо виключити злочини невеликої тяжкості із таксономії самих злочинів, або якщо навіть не проводити категоризацію злочинів, як це зроблено у КК Франції, за вчинення кримінальних проступків можна було б призначити покарання навіть у вигляді короткострокового позбавлення волі. Кримінальний проступок як вид кримінального правопорушення володіє пониженим ступенем суспільної небезпеки. Такий матеріальний критерій повинен бути екстрапольований на формальну ознаку. При цьому доцільно говорити не лише про менші розміри (строки) покарання, а й про інші кримінально-правові міри, що максимально чітко будуть виокремлювати кримінальний проступок від злочину та забезпечуватиме збереження категоризації злочинів залежно від ступеня тяжкості, проведеної у кримінальному законі. Хоча сама ст. 12 КК України з введенням кримінального проступку повинна зазнати змін.

Звичайно імплантація певного концепту до усталеної кримінально-правової традиції вимагає значної наукової апробації. Однак динамічність суспільних процесів, яка не може обходити стороною і законодавчі практики, у т. ч. кримінально-правові, ставить на новий щабель усвідомлене і своєчасне реагування на інтернаціоналізацію, що зумовлює закономірну інтегративність вітчизняного кримінального законодавства.

Як видається, ідея введення кримінального проступку до кримінального закону України є достатньо зрілою, що підтверджують наявні підстави її імплементації, що на даний час вимагає єдності доктринальної думки та її толерантності у негайному вирішенні вказаного завдання. Питання категоризації кримінальних правопорушень, а також внесення змін до суміжних інститутів, зокрема інституту покарання, що направлено на забезпечення системності кримінального права, матиме наслідком оптимізування кримінально-правового регулювання, елімінацію розсудового елемента, недопущення колізійності кримінально-правової матерії та усталення нової парадигми криміналізації суспільства у рамках вже існуючої кримінально-правової традиції.

Судова пеналізація злочинних діянь. Парадигмально, при вирішенні питань пеналізаційного характеру, вітчизняна доктрина апелює до дискреційного методу, широке застосування останнього є так званою «ге-

нетичною» рисою у розвитку кримінального законодавства України. Однак практика застосування закону на фоні відсутності/недостатності (а й інколи об'єктивної неможливості) чіткої регламентації правових реалій диктує скоректування законодавчого дискурсу щодо превалювання формального методу у пеналізації кримінальних правопорушень. Крім цього, динаміка кримінального права в аспекті ретрибутивної орієнтації законодавчих практик має наслідком новелізацію вітчизняного характеру з утвердженням позиції потерпілого як обов'язкового фактора у вирішенні питань публічного кримінально-правового характеру.

Суддівський розсуд — це об'єктивна реальність, яку визнає юридична доктрина і практика, визначення цього поняття в законодавстві не існує. Більше того, видається цікавим той факт, що слово «розсуд» у КК України не вживається. Воно зустрічається двічі і лише у двох статтях КПК України 2012 р. Це — ч. 1 ст. 354 (особливості допиту малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого) і ч. 2 ст. 364 (судові дебати). Причому у першому випадку йдеться про судовий розсуд, а в останньому — розсуд прокурорів. У наш час зацікавленість проблемою суддівського розсуду зросла. Це пов'язано з системною кризою у регулюванні суспільних відносин, необхідністю упорядкування процесів криміналізації і пеналізації суспільства, належним здійсненням процедури застосування норм кримінального права. Дійсно, категорія суддівського розсуду є багатоаспектною, неоднозначною, складною. При цьому в існуючих наукових дослідженнях виділяються процесуальна та матеріальна складові цього феномена. Так, якщо вести мову про процесуальну складову зазначеної проблематики, то наукові пошуки вчених зводяться до дослідження проблеми суддівського переконання у кримінальному процесі (Ю. М. Грошевой та ін.). Однак, як видається, саме у багатогранній (матеріально-процесуальній об'єктивно-суб'єктивній) природі необхідно розглядати феномен суддівського розсуду з тим, щоб виділити його змістовно-конструктивні властивості.

На нашу думку, **суддівський розсуд у кримінальному праві** — це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного із варіантів рішення у кримінальному провадженні (матеріальний аспект визначення). Існуючі дослідження науковців свідчать, що поряд з терміном «суддівський розсуд» в юридичній літературі вживається і такий термін, як «судовий розсуд» (як правило, вченими-процесуалістами, що виправдано сферою дослідження). Видається, що в цьому зв'язку можна погодитися з Ю. В. Грачовою: у тих випадках, коли мова йде про розсуд суду як інституту судової влади, використання терміна «судовий розсуд» обґрунтовано. У тих же випадках, коли мається на увазі та важлива частина судової діяльності, яка здійснюється тільки суддями, повинен вживатися термін «суддівський розсуд» [22, с. 14–15].

Так, судова діяльність у кримінальному провадженні носить свідомий характер і здійснюється у певних умовах. Реалізація дискреційних по-

вноважень суддів являє собою складний процес, який включає відразу дві складові: вольову, яка означає «вільний» розсуд і готовність та можливість вчинити згідно з власним переконанням, та інтелектуальну, що являє собою свідому розумову діяльність і полягає у роздумуванні, зіставленні, зважуванні можливих моделей вирішення справи, всебічній самокритиці потенційного рішення. Переконання, засноване на правосвідомості, і лежить в основі суддівського розсуду. Однак, як зазначає Ю. М. Грошевой, не можна гіперболізувати роль суддівського переконання у прийнятті рішення, так як в основі прийняття рішення лежить не тільки переконання, а й значима роль закону, професійної правосвідомості, соціальної позиції тощо [23, с. 68]. Тому, ми вважаємо, що **суддівський розсуд у кримінальному провадженні** можна визначити як правозастосовчу інтелектуально-вольову діяльність судді, що є мірою свободи вибору одного з варіантів рішення або здійснення процесуальної дії відповідно до меж та порядку, встановлених кримінальним та кримінальним процесуальним законами. Звичайно, необхідним є з'ясування проблеми суддівського розсуду як комплексної міждисциплінарної категорії. Однак у цьому дослідженні ми будемо вивчати суддівський розсуд та його межі у матеріально-правовому сенсі, обмежуючись предметом нашого дослідження.

Проблема меж суддівського розсуду зводиться до пошуку оптимального співвідношення зв'язаності правозастосувача жорсткими рамками закону зі свободою оцінок і вибору мір кримінально-правового характеру. А тому необхідною є розробка конкретних правил, критеріїв призначення покарання, що встановлюватимуть чіткі межі суддівського розсуду. Такий встановлений законодавцем юридичний «оптимум» повинен сприяти досягненню розумного балансу між свободою судді і формальністю кримінального закону, підвищенню авторитету судового рішення, недопущенню зловживання правом, а також боротьбі з корупцією.

Видається необхідним дотримуватися ідеї оптимізації суддівського розсуду при призначенні покарання — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). Запропонована ідея оптимізації суддівського розсуду повинна проявитися у такому:

- 1) зміна алгоритму конструкції відносно-визначених санкцій шляхом звуження їх меж з прив'язкою до певної категорії злочинів;
- 2) нормативне удосконалення приписів ч. 1 ст. 65 КК України в аспекті більш чіткої регламентації підстав суддівського розсуду;
- 3) закріплення критеріїв призначення покарання: критеріїв оцінки тяжкості вчиненого злочину, критеріїв оцінки особи винного, критеріїв оцінки особи потерпілого;
- 4) введення спеціальних правил призначення покарання, у т. ч. правил призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та

обтяжують покарання, правил призначення покарання за наявності обтяжуючих обставин з метою реструктуризації Особливої частини КК України у світлі кваліфікованих і особливо кваліфікованих складів злочинів тощо та уточнення існуючих.

Як такі спеціальні правила призначення покарання є законодавчим способом формалізації етапу призначення покарання, конкретизації впливу певних обставин, лімітування суддівського розсуду у порівнянні з типовими (загальними) правилами. Однак співвідношення власне формальних і дискреційних засад у кожному спеціальному правилі призначення покарання є різним. Це зумовлює потребу у дослідженні таких спеціальних норм з метою з'ясування коефіцієнта концентрації «формального заряду», «ступеня» обмеження розсуду правозастосувача з тим, щоб запропонувати певні концептуальні підходи до удосконалення діючих норм.

До спеціальних правил призначення покарання, зокрема, можливо віднести: правила призначення покарання за незакінчений злочин (ч. 2, 3 ст. 68 КК України), правила призначення покарання за злочин, вчинений у співучасті (ч. 4 ст. 68 КК), призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК), призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69¹). Нами пропонується введення й інших спеціальних правил призначення покарання, наприклад, за наявності угоди про примирення або про визнання вини (що відрізнятиметься від існуючого у ч. 5 ст. 65 КК України припису щодо призначення покарання за наявності угоди про примирення) та ін.

Однак, ведучи мову власне про спеціальні правила призначення покарання як способу формалізації закону і обмеження суддівського розсуду, необхідно з'ясувати, як співвідносяться між собою поняття «формалізація призначення покарання» та «обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання». «Обмежити» у Тлумачному словнику С. І. Ожегова та Н. Ю. Шведової визначається «як поставити в якісь рамки, межі, визначити якимись умовами, а також зробити менше, скоротити, звузити обхват чого-небудь» [24, с. 578]. Тобто «обмеження суддівського розсуду — це завжди його звуження певними рамками». «Формалізувати» означає зводити сутність чого-небудь до певної форми, формального вираження; представити змістовну сторону явища у виді формальної системи або обчислення [24, с. 820].

Формалізацію призначення покарання, як видається, можна розуміти «як підпорядкування вибору виду і розміру покарання за вчинений злочин системі встановлених у кримінальному законі правил, вимог, критеріїв, які обмежують можливість довільного визначення покарання». У цьому зв'язку повністю формалізованим процес призначення покарання можна вважати тоді, коли встановлені в законі правила у кожному конкретному випадку чітко передбачають вибір виду і розміру призначення покарання за вчинений злочин. Як нами частково було досліджено, процес формалізації призначення покарання по-різному вирішується

у різних країнах. Так, щодо країн романо-германської системи процес призначення покарання у значній мірі формалізований, що пов'язано зі встановленням різноманітних спеціальних правил призначення покарання, конструкціями санкцій і т. п.

Щодо кримінального законодавства України, то, незважаючи на те, що КК України містить норму, присвячену загальним засадам призначення покарання, ряд норм, які закріплюють спеціальні правила призначення покарання і т. п., навряд чи можна стверджувати, що формалізація призначення покарання за КК України є достатньо високою, оскільки суддівський розсуд все ще залишається достатньо широким, чому у немалій мірі сприяють широкі рамки відносно-визначених санкцій, недостатня розробка норм зі спеціальними правилами призначення покарання і т. п. Існуючі спеціальні правила призначення покарання направлені на диференціацію та індивідуалізацію призначення покарання головним чином шляхом коректування меж санкцій статей Особливої частини КК України. Але у той же час необхідним є уточнення спеціальних правил призначення покарання. У цьому зв'язку щодо співвідношення понять «формалізація призначення покарання» і «обмеження суддівського розсуду» можна сказати, що, як правило, формалізація призначення покарання передбачає обмеження (звуження) рамок суддівського розсуду, але не будь-яке обмеження суддівського розсуду становить собою формалізовану модель врахування обставин справи.

Так, до прикладу, Законом України № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» у 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». Крім цього, були внесені зміни і до ст. 75 КК України. Відповідно до ч. 1 якщо суд, крім випадків засудження за корупційний злочин, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Частина друга цієї статті передбачає, що суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII, який набрав чинності 25 січня 2015 р., внесено зміни до низки статей КК України, якими до осіб, що вчинили

корупційні злочини або були засуджені за їх вчинення, встановлено обмеження при звільненні від кримінальної відповідальності, призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, звільненні від покарання та його відбування, зняття судимості тощо (ст. ст. 45–48, 69, 74, 75, 79, 81, 82, 86, 87, 91 КК України). Внесення таких новел до кримінального законодавства зумовлює необхідність дослідження правил призначення покарання у передбачених випадках.

Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України та ч. 1 ст. 475 КПК України за наявності угоди про примирення суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. При цьому виникає питання про межі такого покарання. Як випливає 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. Відповідно до ч. 4 ст. 469 КПК угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо: 1) кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів; 2) особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами.

Певне тлумачення механізму призначення покарання та звільнення від покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини міститься в інформаційному листі Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) № 223-1679/0/4-12 від 15 листопада 2012 р. «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод». Зокрема, у п. 3 цього інформаційного листа вказано, що аналіз ст. ст. 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. Тобто це означає, що при вирішенні питання про врахування таких засад мова йде як про санкцію статті Особливої частини (п. 1 ч. 1 ст. 65), так і про положення Загальної частини КК України (п. 2 ч. 1 ст. 65).

Як відмічає В. І. Тютюгін, приписи ч. 5 ст. 65 КК про призначення покарання за згодою сторін розміщені услід за ч. 3 і 4 цієї статті, в яких сформульовані виключення із загальних засад про призначення покарання 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 ч. 3 і 4 ст. 65 КК) тільки своєрідним виключенням із загального правила (вимоги), сформульованого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК [25, с. 84]. Однак, виходячи із тлумачення,

наданого у 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 архітектоніки 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.

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 (п. 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 обста-

вин, що обтяжують покарання, наприклад незнятої або непогашеної 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.

Певна непослідовність допущена законодавцем при внесенні змін до ч. 2 ст. 75 КК України, що викликає проблеми у застосуванні положень цієї статті на практиці. Так, у цьому ж інформаційному листі ВССУ зазначено, якщо ж сторони узгодили покарання та досягли домовленості щодо звільнення підозрюваного (обвинуваченого) від його відбування з випробуванням, відповідно до ч. 2, 3 ст. 75 КК у редакції Закону України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI, суд зобов'язаний прийняти рішення про таке звільнення у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості за наявності сукупності таких умов: 1) сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмежен-

ня для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років; 2) узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. При цьому використане законодавцем у доповненнях до ст. ст. 65 та 75 КК України формулювання «у випадку затвердження угоди» при вказівці на прийняття рішення судом свідчить, що суд зобов'язаний призначити узгоджене сторонами покарання або звільнити від його відбування з випробуванням із визначенням тривалості іспитового строку лише після перевірки угоди на відповідність діючому законодавству та за відсутності визначених КПК (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода може бути затверджена. Однак, враховуючи зміни до КК України від 2015 року, у всіх зазначених вище тлумаченнях щодо застосування ст. 75 КК України при врахуванні вимог законодавства повинні бути забезпечені обмеження щодо корупційних злочинів, що і регламентовано ч. 1 ст. 75 КК України.

Звичайно, ситуація, відповідно до якої ч. 2 ст. 75 КК України не містить таких обмежень, є недоліком нині діючого законодавства. Однак, здійснюючи не лише догматичне, а й системне тлумачення положень КК України у частині затвердження угод про примирення або про визнання вини, можна дійти таких висновків. Приписи ч. 5 ст. 65 КК про призначення покарання за згодою сторін розміщені услід за ч. 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. Таким же чином і в ст. 75 положення щодо угод про примирення регламентовані у ч. 2. Загальні підстави щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням закріплені у ч. 1 цієї статті. Така структура (побудова) ст. 65 та ст. 75 КК дає підстави передбачати, що приписи ч. 5 ст. 65 та ч. 2 ст. 75 не можуть, мабуть, розглядатися в якості окремого (самостійного) правила 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 та ч. 1 ст. 75 КК України. Виходячи із тлумачення, наданого у вищезазначеному інформаційному листі, про необхідність відповідності узгодженого сторонами покарання або рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням загальним засадам призначення покарання, стає зрозумілим, що суд затверджує такі угоди лише тоді, коли будуть дотримані «загальні» підстави, сформульовані у відповідних частинах щодо особливостей застосування відповідного інституту.

Затвердження угоди про примирення, в якій узгоджені відповідні види покарань та звільнення від них з випробуванням, є обов'язковим для суду. Тобто імперативність норми, передбаченої ч. 2 ст. 75 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 (п. 1–6 ч. 7 ст. 474 КПК) підстав для відмови, переконавшись, що угода

може бути затверджена. З цього тлумачення випливає, що, якщо узгоджене сторонами покарання не відповідатиме вимогам закону, як видається, у першу чергу мова повинна йти про підстави, передбачені ч. 1 ст. 75 КК України, суд не затверджує угоду про примирення або про визнання вини, в якій сторонами узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням. Виходячи з цього, стає зрозумілим, що правило про обов'язковість рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням, вказаного в угоді про примирення або про визнання вини, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у зазначених випадках.

Таким чином, застосування ч. 2 ст. 75 щодо можливості звільнення особи від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини є неможливим при вчиненні корупційних злочинів (за винятком випадків, передбачених п. 2 ч. 4 ст. 469 КПК України). Якщо сторонами угоди дотримані положення ч. 1 ст. 75 КК України, то затвердження угоди, в якій сторони домовилися про звільнення від відбування покарання з випробуванням, є обов'язковим для суду.

Отже, як видається, при врахуванні позиції потерпілого законодавцем повинна бути створена спеціальна норма, що матиме своїм наслідком збереження публічного характеру здійснення правосуддя при вирішенні питання щодо міри покарання, формалізацію призначення покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини, недопущення не обґрунтованого застосування кримінального закону, а також раціонального забезпечення прав та інтересів потерпілої особи. 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.

Аксіомою є те, що саме кримінальний закон і встановлює межі суддівського розсуду, що в який раз підкреслює правовий характер останнього. Розсуд не є безмежним. Закріплення законом відносно-визначених норм, оціночні поняття і терміни, цілі, які переслідує кримінальне законодавство, — своєрідний спосіб вираження волі законодавця, спрямований на досягнення балансу у регулюванні суспільних відносин при здійсненні суддівської розсудової діяльності. Але чи дійсно є безспірним твердження, що лише кримінальний закон встановлює межі вибору рішення у кримінальному провадженні? Звичайно, у пошуках відповіді на це запитання, ми у принципі зіштовхуємося з проблематикою визначення джерел кримінального законодавства.

Справедливим є твердження О. С. Кузембаєва про те, що можна з жалем констатувати, що в кримінальному праві не повною мірою вико-

ристовуються досягнення загальної теорії права, в якій проблемі джерел права приділяється куди більша увага. Все це породжує необхідність вирішення проблемних ситуацій, які полягають у невизначеності характеру і кола джерел кримінально-правової інформації, неповному або невірному її використанні і, відповідно, в ухваленні невірних кримінально-правових рішень. Одним із способів цього є розробка на галузевому рівні теорії джерел кримінального права, виходячи за кордони вивчення кримінального закону, нарівні з теорією злочину і покарання [26, с. 360].

Так, значення тлумачення права істотно зростає, коли виникають ситуації нетипового застосування права, тобто при конкретизації права, при значному допущенні розсуду правозастосовчого суб'єкта, а також в інших складних правових ситуаціях. При призначенні покарання ситуації нетипового застосування права зумовлені формулюванням законодавцем кримінально-правових норм з «поправкою» на суддівський розсуд — уповноважуючі норми (ст. 69 КК, ст. 75 КК, ст. 93 КК, ч. 1 ст. 97 КК, ч. 1 ст. 105 КК та ін.), оціночні поняття («інші обставини» п. 5 ч. 1 ст. 66 КК, «аморальні дії потерпілого» п. 7 ч. 1 ст. 66 КК, «тяжкі наслідки» п. 5 ч. 1 ст. 67 КК та ін.) — та певними недоліками законодавчої техніки — неоднозначні терміни («шире кається», «сильне душевне хвилювання» та ін.) і поняття («особа винного», «тяжкість вчиненого злочину» та ін.). При цьому, як правило, такі питання роз'яснюються актами вищих судових інстанцій. Дійсно, важливу роль у формуванні судової практики у країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, що можуть слугувати аналогом переконливих прецедентів. В Україні таку роль можуть відігравати рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів — Вищого адміністративного, Вищого господарського і Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ. Кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення [27, с. 179]. Водночас ситуація, за якої суддя, наприклад, першої інстанції, не погоджується із позицією ВСУ, приймає своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, не суперечить чинному законодавству [28, с. 38].

Судова практика як джерело права є тією частиною соціально-правового досвіду і результатів діяльності вищих судових органів та іноді нижчих судів, що виражається в офіційних актах органів судової влади (рішеннях, постановках, ухвалах, що набрали чинності і не були скасовані), які містять важливі й актуальні правові позиції обов'язкового чи переконливого характеру (судові прецеденти, ustalена судова практика та роз'яснення вищих судових органів), а також обов'язкові до виконання приписи нормативного характеру, що містяться в рішеннях Конституційного Суду та судів загальної юрисдикції та мають наслідком втрату чинності нормативно-правових актів або їх окремих положень у зв'язку

з визнанням їх неконституційними чи незаконними [29, с. 496]. Дійсно, відповідна роль судової практики поступово визнається, оскільки кримінальний закон регулює суспільні відносини в узагальненій, абстрактній формі. Застосовуючи закон, суд часто не знаходить правової норми для вирішення даної справи. Тому судам потрібно так витлумачити подібну чинну норму, щоб поширити її на даний випадок і покласти в основу свого рішення, це тлумачення застосовується в практиці іншими судами, отримуючи обов'язкову силу і стаючи судовим прецедентом.

Формами прояву судової практики в Україні є:

1. Згідно з ч. 2 ст. 150 Конституції України, Конституційний Суд України має виключне право на надання офіційного тлумачення Конституції та законів України. Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення мають обов'язковий характер для всіх фізичних та юридичних осіб, а також для державної влади та місцевого самоврядування на території України. Окрім резолютивної частини такого рішення, прецедент тлумачення можна знайти у мотивувальній частині як цього рішення, так і рішення про відповідність Конституції України законів та інших визначених законом правових актів.

2. Згідно зі ст. 111-23 Господарського процесуального кодексу, ст. 458 Кримінального процесуального кодексу, ст. 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України. Невиконання судових рішень Верховного Суду України тягне за собою відповідальність, установлену законом.

3. У чинному законодавстві України відсутня норма, яка б надавала право Пленуму Верховного Суду України давати рекомендаційні роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, проте деякі роз'яснення Пленуму використовуються судами й нині. Наприклад, Постанова Пленуму № 6 від 4 червня 2010 р. «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи».

4. Окрім того, у системі судів загальної юрисдикції судова практика вищих судових інстанцій виступає орієнтиром як для нижчих судів, так і для інших правозастосовних органів. Згідно зі ст. 38 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд України забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

5. Згідно зі ст. 36 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» Пленуми вищих спеціалізованих судів з метою забезпечення однакового застосуван-

ня норм права при вирішенні окремих категорій справ відповідної судової спеціалізації узагальнюють практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизують та забезпечують оприлюднення правових позицій вищого спеціалізованого суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані.

6. Згідно зі ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди України зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права. З моменту набуття чинності рішення Суду стають джерелом судової практики Європейського суду з прав людини. Ця судова практика визнається джерелом загальноєвропейських стандартів прав людини і повинна враховуватися органами всіх держав — учасниць конвенції.

Так, правоположення, які вироблені внутрішньодержавною установою судовою практикою, є засобом самообмеження національної судової системи від довільності судового розсуду при винесенні рішень з аналогічним складом юридичних фактів судовими інстанціями. Прецедентна практика Європейського суду з прав людини є засобом наддержавного обмеження судового розсуду національних юрисдикційних органів, оскільки судові рішення Європейського суду з прав людини стають обов'язковими для держав, які ратифікували Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод [30, с. 3].

У цьому зв'язку важливим є зауваження В. В. Дудченко, яка зазначає, що феномен дискреційних повноважень суддів є виразом проблеми «букви» і «духу» права як герменевтичної проблеми. Під «буквою» права розуміють метод екзегез у тлумаченні, а під «духом» права — телеологічний метод. Метод екзегез означає буквалізм, дотримання букви, тоді як телеологічний метод віддає перевагу призначенню законодавчого акта або правила. Метод екзегез є віддзеркаленням позитивного права, а телеологічний метод — природного права. Практичне значення проблеми полягає в тому, що телеологічне тлумачення є джерелом права. Виражається воно у правотворчій ролі судової практики. Очевидно, що плюралістична теорія джерел права значно розширює сферу юридичного досвіду; вона показує все багатство правового життя, заперечує будь-яке догматичне і статистичне упередження, відкриваючи широкі перспективи цілком динамічній концепції, яка здатна служити як загальна філософська основа для позитивної науки про право (яка таким чином уникає зашкарублості своїх концепцій) [31, с. 123, 259—266].

Таким чином, можна констатувати, що межами суддівського розсуду у кримінальному провадженні є кордони вибору того чи іншого рішення, які визначаються положеннями КК України, Конституції України, загальноновизнаними принципами і нормами міжнародного права, рішеннями Європейського суду з прав людини, правовими позиціями, сформульованими Конституційним Судом України, і роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України і Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ, що дозволяє відмежувати законні дії судді від свавілля.

Отже, резюмуючи все вище зазначене, можемо відмітити таке.

Необхідно **пеналізацію злочинів** розглядати у вузькому та широкому значеннях та виділяти два рівні її здійснення, власне з відповідними суб'єктами на кожному з них: **законодавчу/теоретичну/потенційну** (визначення характеру караності злочину законодавцем) та **судову/практичну/фактичну** (визначення обґрунтованості і доцільності застосування покарання певного виду і розміру за вчинення конкретного злочину). З метою переосмислення вітчизняного кримінально-правового механізму видається доцільним дослідження і аналіз особливостей встановлення кримінально-правового примусу на різних пеналізаційних рівнях крізь призму типів правового регулювання (співвідношення формального та дискреційного методів).

Питання передбачення адекватних заходів реагування на вчинення **кримінального проступку** складає чи не найбільшу проблему. Пропонується відповідальність за кримінально карані діяння реалізовувати у формі таких заходів впливу, як **покарання** за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та **стягнення** за вчинення кримінальних проступків, що не тягнуть судимості. Запропоновані **підсистеми заходів кримінально-правового впливу**, що будуть діаметральним відображенням концепції поділу кримінальних правопорушень на **проступки і злочини** зі збереженням класифікації злочинів, яка, у свою чергу, безпосередньо визначає види таких заходів, сприятиме забезпеченню системності кримінального права та оптимізації правозастосовчої практики. Передбачення багатокількісності заходів реагування на кримінальні девіації із закріпленням арсеналу кримінально-правових мір як щодо проступку, так і злочину, конкретизації таких мір на рівні закону сприятиме раціоналізації суддівського розсуду та недопущенню його зловживанням.

Видається необхідним дотримуватися ідеї **оптимізації суддівського розсуду при призначенні покарання** — знаходженні розумного оптимального співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). Незважаючи на те, що КК України містить норму, присвячену **загальним засадам призначення покарання**, ряд норм, які закріплюють **спеціальні правила призначення покарання** і т. п., навряд чи можна стверджувати, що **формалізація призначення покарання** за КК України є достатньо високою, оскільки **суддівський розсуд** все ще залишається достатньо широким, чому у невеликій мірі сприяють широкі рамки відносно-визначених санкцій, недостатня розробка норм зі спеціальними правилами призначення покарання і т. п. Існуючі спеціальні правила призначення покарання направлені на диференціацію та індивідуалізацію призначення покарання головним

чином шляхом коректування меж санкцій статей Особливої частини КК України. Але у той же час необхідним є уточнення спеціальних правил призначення покарання.

З метою переходу вітчизняної системи правосуддя на модель відносно-компенсаційного правосуддя вбачається необхідним скоректувати механізм урахування **позиції потерпілого** як засіб оптимізації суддівського розсуду.

Тенденцією розвитку романо-германського права є розвиток і утвердження **судового права**, яке постає причиною існування суддівського розсуду як основи юридичного мислення. Традиційно ситуація, за якої прецедент є результатом правотворчої діяльності судів формально не визнається, але фактично існує. При цьому своєрідним варіантом юридичного прецеденту на континенті є **судова практика**, яка слугує засобом інтерпретації законів, що дає підставу говорити про судовий прецедент тлумачення. Створення в Україні Конституційного Суду і визнання юрисдикції Європейського суду з прав людини спричинило утвердження судового прецеденту у правовій системі України.

Звичайно, імплантація певного концепту до усталеної кримінально-правової традиції вимагає значної наукової апробації та дотримання системного підходу у законодавчих ініціативах, проте це сприятиме недопущенню колізійності кримінально-правової матерії та усталенню нової **парадигми криміналізації та пеналізації** суспільства у рамках вже існуючої кримінально-правової практики.

Л і т е р а т у р а

1. Туляков В. А. Виртуальность уголовного права: постановка проблемы / В. А. Туляков // Генезис публичного права: від становлення до сучасності: зб. наук. пр. / за ред. С. В. Ківалова, В. О. Тулякова, О. В. Козаченка. — Миколаїв: Іліон, 2011. — С. 5—6.
2. Туляков В. О. Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій / В. О. Туляков // Право України. — 2010. — № 9. — С. 40—46.
3. Дагель П. С. Проблемы советской уголовной политики / П. С. Дагель. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1982. — 124 с.
4. Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации / А. И. Коробеев. — Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1987. — 268 с.
5. Панченко П. Н. Советская уголовная политика. Общетеоретическая концепция борьбы с преступностью: ее становление и предмет / П. Н. Панченко. — Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1988. — 198 с.
6. Антонов И. М. Пенализация преступлений, причиняющих вред здоровью: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / И. М. Антонов; Дальневост. гос. ун-т. — Владивосток, 2004. — 30 с.
7. Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика / Н. А. Лопашенко. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 339 с.
8. Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація / А. А. Митрофанов. — О.: Вид-во Одес. юрид. ін-ту НУВС, 2004. — 134 с.

9. Пономаренко Ю. А. Поняття пеналізації злочинів / Ю. А. Пономаренко // Питання боротьби зі злочинністю. — 2009. — Вип. 17. — С. 65—77.
10. Наден О. В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання суспільних відносин в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / О. В. Наден. — Х., 2013. — 40 с.
11. Рарог А. И. Уголовно-правовая наука и качество уголовного закона / А. И. Рарог // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доп. та повідомл. учасників Міжнар. симп., 23—24 верес. 2011 р. / Львів. держ. ун-т внутр. справ. — Л., 2011. — С. 339—345.
12. Марченко М. Н. «Система» системный характер права / М. Н. Марченко // Системность в уголовном праве: материалы II Российского конгресса уголовного права. — М., 2007. — С. 13.
13. Панов М. І. Системність кримінального права і проблеми удосконалення кримінального законодавства / М. І. Панов // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: тези доп. та повідомл. учасників Міжнар. симп., 23—24 верес. 2011 р. / Львів. держ. ун-т внутр. справ. — Л., 2011. — С. 311—317.
14. Туляков В. О. Кримінальне право сьогодення: ренесанс моделі сталого розвитку [Електронний ресурс] / В. О. Туляков // Вісник Асоціації кримінального права України. — 2014. — № 2(3). — Режим доступу: http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/visnik_yg/3/1.pdf.
15. Макаренко А. С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні: монографія / А. С. Макаренко. — О. : Юрид. л-ра, 2013. — 272 с.
16. Юношев О. В. Особливості системи покарань за кримінальними кодексами європейських країн (на прикладі Швейцарії, Литви та Італії) / О. В. Юношев // Адвокат. — 2009. — № 9(108). — С. 36—38.
17. Рябчинська О. П. Теоретичні та практичні питання встановлення адекватних заходів державного примусу за кримінальні проступки / О. П. Рябчинська // Держава та регіони. Сер. Право. — 2012. — Вип. 2. — С. 211—217.
18. Овчаренко А. Перспективи запровадження військових кримінальних проступків та стягнень за їх вчинення / А. Овчаренко // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2012. — № 3. — С. 115—118.
19. Марисюк К. Б. Система майнових покарань у чинному Кримінальному кодексі України могла би бути іншою (до 15-річчя одного з проектів КК України) [Електронний ресурс] / К. Б. Марисюк // Форум права. — 2011. — № 2. — С. 581—584.
20. Проект Кримінального кодексу України (від 04.11.1996 р., реєстр. № 0041/1): вноситься нар. депутатом України Матковським О. Б. — К. : Верх. Рада України, 1996. — 187 с.
21. Проект Кримінального кодексу України (від 10.06.1993 р.): вноситься Комісією Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю / В. Смітєнко, В. Криволапое, О. Дубовик [та ін.]. — К., 1993. — 181 с.
22. Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ю. В. Грачева. — М., 2002. — 22 с.
23. Грошевой Ю. М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве / Ю. М. Грошевой. — Х.: Вища шк., 1975. — 144 с.
24. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеол. выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. — 4-е изд. — М.: Азъ, 1997. — 944 с.
25. Тютюгин В. И. Некоторые вопросы назначения наказания по соглашению сторон в связи с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины / 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.
26. Кузембаев О. С. Значення судової практики як джерела кримінального права / О. С. Кузембаев // Правове життя сучасної України: тези доп. Всеукр. наук. конф., Одеса, 18—19 квіт. 2008 р. / ОНЮА. — О.: Фенікс, 2008. — С. 359—361.

27. Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства / *В. Москаленко* // Актуальні проблеми державного управління. — Х., 2005. — № 3 (26). — С. 179—186.
28. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / *О. Дашковська* // Вісник Академії правових наук України. — 2011. — № 1 (64). — С. 34—41.
29. Мазур М. В. Судова практика як джерело права: проблема визначення поняття / *М. В. Мазур* // Форму права. — 2011. — № 3. — С. 493—497.
30. Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Л. Н. Берг*. — Екатеринбург, 2008. — 21 с.
31. Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень / *В. В. Дудченко*. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 302 с.

А н о т а ц і я

Макаренко А. С. Співвідношення формальних та дискреційних засад на різних рівнях пеналізації злочинних діянь. — Стаття.

У статті розглядається проблема «караності» кримінальних правопорушень. Здійснюється спроба оптимізації вітчизняного законодавства у сфері призначення заходів кримінально-правового характеру. Доводиться, що відповідальність за кримінально карані діяння необхідно реалізовувати у формі таких заходів впливу, як покарання за вчинення злочинів, яке має тягти за собою судимість, та стягнення за вчинення кримінальних проступків без наслідку у вигляді судимості. Пропонується система стягнень за вчинення кримінальних проступків.

З'ясовується місце судової практики у системі джерел кримінального права. Встановлюються прояви судової практики в Україні та розглядаються тенденції щодо її визнання та утвердження в європейських країнах.

Особливу увагу приділено дослідженню співвідношення формальних і дискреційних засад на різних рівнях пеналізації кримінальних правопорушень. Досліджено питання обмеження суддівського розсуду. На підставі ґрунтовного аналізу кримінального закону та його доктрини запропоновано власні пропозиції щодо внесення змін до чинного КК України.

Ключові слова: пеналізація злочинів, формальний метод, суддівський розсуд, кримінальний проступок, система стягнень, система покарань, судова практика.

А н н о т а ц и я

Макаренко А. С. Соотношение формальных и дискреционных начал на разных уровнях пенализации преступных деяний. — Статья.

В статье рассматривается проблема «наказуемости» уголовных правонарушений. Осуществляется попытка оптимизации отечественного законодательства в сфере назначения мер уголовно-правового характера. Представляется, что ответственность за уголовно наказуемые деяния необходимо реализовывать в форме таких мер воздействия, как наказание за совершение преступлений, которое должно повлечь за собой судимость, и взыскание за совершение уголовных проступков без последствий в виде судимости. Предлагается система взысканий за совершение уголовных проступков.

Выясняется место судебной практики в системе источников уголовного права. Устанавливаются проявления судебной практики в Украине и рассматриваются тенденции относительно ее признания и утверждения в европейских странах.

Особое внимание уделено исследованию соотношения формальных и дискреционных начал на разных уровнях пенализации уголовных правонарушений. Исследованы вопросы ограничения судейского усмотрения. На основании детального анализа уголовного

закона и его доктрины представлены собственные предложения относительно внесения изменений в действующий УК Украины.

Ключевые слова: пенализация преступлений, формальный метод, судебское усмотрение, уголовный проступок, система взысканий, система наказаний, судебная практика.

S u m m a r y

Makarenko A. S. The correlation of formal and discretionary principles at different levels of penalization of criminal acts. — Article.

The article points up the problem of «punishability» of criminal offences. The attempt is made to optimization of domestic legislation in the sphere of setting of criminal law measures. It is proved, that responsibility for criminal acts must be realized in the form of such measures, as punishment for crimes, that should entail a previous conviction, and penalties for criminal misdemeanors without a consequence as previous conviction. The system of penalties for the criminal misdemeanors is offered.

It turns out the place of the judicial practice in the system of sources of criminal law. The author determines the models the judicial practice in Ukraine is developed in and also the tendencies of its recognition and approval in Europe.

Special attention is paid to the study of the relationship between formal and discretionary principles at different levels of penalization of criminal offences. The author investigates the issue of limiting of judicial discretion. On the basis of a detailed analysis of the criminal law and its doctrine their own proposals for amending the current criminal code of Ukraine are offered.

Keywords: the penalization of crimes, formal method, judicial discretion, criminal misdemeanor, the system of recoveries, the system of penalties, the judicial practice.