

Орловська Н. А.

*Міжнародний гуманітарний
університет, д.ю.н.,
професор кафедри
кримінального права,
процесу та криміналістики*

Orlovska N. A.

*International Humanitarian
University, Doctor of Law,
Professor of Criminal Law,
process and criminology chair*

ДО ПИТАННЯ ПРО НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР ЯК ДЖЕРЕЛО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Розглядаючи кримінально-правову політику як складний конструкт (систему) із двома підсистемами – політичною та юридичною, слід визнати, що юридична складова є похідною від політичної, адже остання визначає ідеологію та стратегію розвитку кримінального права, засади та принципи формування нормативного тексту, та, в остаточному рахунку, здійснення функцій, які стоять перед кримінальним правом.

Нормативна нестійкість кримінального права, яка останнім часом активно обговорюється фахівцями, на наш погляд, є закономірним результатом біфуркаційного періоду розвитку суспільства як системи. Знаходячись не просто в транзитивному стані, а на переломному етапі, соціум, не задовільняючись різноманітними припущеннями, умовностями, тимчасовими рішеннями, відносними судженнями, гостро відчуває незадовільну впорядкованість соціальних відносин та розв'язання конфліктів. Однак політична підсистема кримінально-правової політики до сьогодні не відповідає вимогам концептуальної зрозумілості та релевантності – адекватності поточній ситуації і соціальній затребуваності [1]. Такому стану речей вимушено «відповідає» юридична складова цієї політики.

Виходячи з цього, слід поставити питання про нагальну необхідність остаточного оформлення сучасної концепції джерел кримінального права, в рамках якої кримінально-правове регулювання та охорона найважливіших суспільних відносин набудуть більшої гнучкості.

Зокрема, йдеться про доцільність введення у площину фахового дискурсу нормативно-правового договору. Загалом нормативно-правовий договір є актом добровільного узгодження позицій сторін з приводу встановлення правил урегулювання життєвої ситуації, при цьому держава забезпечує виконання умов договору.

Однак чи має право на визнання будь-яке інше джерело кримінального права (тим більше, нормативно-правовий договір) з огляду на позицію щодо публічного характеру цієї галузі?

На позиції виключної публічності кримінального права, як відомо, стоїть ряд авторитетних криміналістів України. Ця позиція залишилася незмінною і після набуття чинності КПК України в частині інституту угод. Так, на думку Ю.В. Бауліна, кримінальне право регулює публічні правові відносини між державою як владним суб'єктом та злочинцем, який має підкоритися волі держави. Погляди щодо застосованості в кримінальному праві методу диспозитивності, які апелюють, у тому числі, й до кримінального процесуального інституту угод, повинні зважати на те, що угоди мають затверджуватися судом. І лише держава визначає коло суспільно небезпечних діянь. Це визначення є незалежним від волі обвинуваченого чи потерпілого. Останній же взагалі не є учасником кримінально-правових відносин, а лише елементом юридичного факту, який породжує ці відносини – злочину. Відповідно до цього норми кримінального права знаходять зовнішній юридичний вираз виключно у приписах КК [2, с.435, 436, 439].

На наш погляд, у наведеній позиції стосовно проблематики нормативно-правового договору як джерела кримінального права слід виокремити декілька площин, щільно пов'язаних одна з одною, але все ж відносно самостійних:

у формально-юридичному контексті потерпілий, дійсно, є лише елементом юридичного факту, а його характеристики – це частина об'єкту злочину (адже в цивілізованому суспільстві людина виявляє себе через соціальні відносини). Однак вивід потерпілого за межі власне кримінально-правових відносин призводить до дегуманізації кримінального права. Абстрактність об'єкту кримінально-правової охорони/об'єкту злочину не може затуляти того, що право, у першу чергу, має задовольняти певні потреби та інтереси людини, окремих людських спільнот, об'єднань та зрештою суспільства в цілому [3, с.9]. Таким чином, у кримінально-правовій сфері поєднуються приватні та суспільні інтереси. Це поєднання можна представити у виді наступної формули: якими б не були «приватними» права та законні інтереси, для кримінального права вони становлять загальне благо;

сучасне кримінальне право має вважатися «переважно публічним правом». В ньому поєднуються приватні та публічні інтереси та, відповідно, приватно-правові та публічно-правові елементи впливу. Диспозитивність у кримінальному праві означає не виключення держави зі сфе-

ри кримінально-правових відносин, а контроль та гарантування з боку держави певного порядку виникнення, обсягу прав та обов'язків сторін кримінально-правового відношення, а також порядку реалізації цих прав та обов'язків;

є доцільною диференціація джерела та форми кримінального права; в цьому сенсі КК України – це єдина форма кримінального права, але лише одне з його джерел [4, с.41].

Беручи до уваги наведені міркування, загалом слід зауважити, що поступово формується уявлення про диспозитивність як режим кримінально-правового регулювання, що пов'язано з наданням приватній особі можливості самій визначати та контролювати власну поведінку. Іншими словами, йдеться про суб'єктивне право на захист, якому кореспондує юридична гарантія. Але якщо зміст правових норм та інститутів обумовлюється характером методу регулювання, то ці норми та інститути є засобами реалізації диспозитивного режиму кримінально-правового регулювання [5, с.33-35].

Таким чином, поступово оформлюється особливий статус приватної особи як учасника кримінально-правових відносин, фактично правотворчого суб'єкта у кримінально-правовій сфері, який вступає у відносини з іншими сторонами (зокрема, державою) з приводу реалізації свого суб'єктивного права, зокрема, права на захист від суспільно небезпечних посягань.

Так, Е.Л.Сидоренко пропонує у якості уповноважень, які входять до змісту суб'єктивного права на захист, розглядати:

адресовану державі вимогу щодо введення заборони на порушення прав та законних інтересів приватних осіб, щодо недопущення встановлення законів, що обмежують чи утискають ці права, щодо диференціації кримінальної відповідальності з урахуванням суспільної небезпеки посягань на інтереси приватних осіб;

правокористування, що виражається у згоді або проханні завдати шкоди власним благам;

право на захист суб'єктивних прав, що реалізується в момент завдання шкоди або створення загрози завдання шкоди охоронюваним інтересам;

правову вимогу, адресовану державі, щодо притягнення винного до відповідальності;

право на примирення з винним;

право на відшкодування заподіяної злочином шкоди [5, с.13].

Як видається, ця позиція є спірною, адже, наприклад, перше уповноваження взагалі не може належати приватній особі, а лише суспільству в цілому. В цьому плані кримінальний закон в ідеалі має являти суспільний консенсус щодо обсягів забороненого та меж примусу, який може застосовуватися державою задля блага всього суспільства.

Однак звернемо увагу на п'яте та шосте уповноваження: саме стосовно примирення з винним та відшкодування заподіяної злочином шкоди можна розмірковувати про нормативно-правовий договір – угоду про примирення. До речі, у зміст цієї угоди законодавець включає також «перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого» (ч.1 ст.471 КПК України).

Загалом же зміст угоди про примирення, наслідки її укладення, затвердження, невиконання регламентуються кримінальним процесуальним законом - ст.471, 473, 476 КПК України.

З цього приводу вельми показовою є правова позиція Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ: «в Рекомендації № R (85) 11 щодо положення потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу, прийнятій Комітетом міністрів Ради Європи від 28 червня 1985 р., наголошується на необхідності приділяти більше уваги потребам потерпілого на всіх етапах кримінального процесу, у зв'язку з чим відшкодування заподіяної потерпілому шкоди (поновлення його прав) є однією з основних умов укладення угоди про примирення. ... мета провадження на підставі угод – настання суб'єктивно бажаного результату, який повинен настати після її укладення та затвердження (виокремлено нами – Н.О.)» [7].

Звернемо увагу й на активну позицію держави при укладенні угоди про примирення: КПК зобов'язує суд перевірити у судовому засіданні спроможність обвинуваченого виконати умови угоди і має відмовити в її затвердженні у разі очевидної неможливості виконання обвинуваченим взяти на себе за угодою зобов'язання (п.5 ч.7 ст.474 КПК). Іншими словами, суд має вимагати у обвинуваченого відповідних доказів його спроможності виконати умови угоди. У першу чергу, це положення спрямоване на забезпечення державою реалізації приватного інтересу потерпілого щодо отримання відшкодування шкоди, завданої злочином. Однак в цей же час можна говорити й про захист публічних інтересів (зокрема, забезпечення стабільності судових рішень; мінімізації випадків повторного розгляду проваджень, вирок по яких скасовано у зв'язку з невиконанням зобов'язань) [6, с.231, 232].

Таким чином, угода про примирення є договором, який безпосередньо регулює відносини між учасниками кримінально-правового конфлікту. Наявність таких угод жодним чином не позбавляє державу активної позиції. Вбачається, що угода як нормативно-правовий договір може бути визнаний джерелом кримінального права, вона дозволяє окреслити «трикутник» учасників кримінально-правових відносин – потерпілий, особа, яка вчинила злочин, держава.

Такий підхід відповідає тенденції гуманізації та розвитку начал приватності у кримінальному праві, яка є невід'ємною складовою нової кримінально-правової парадигми. Він надасть додаткового імпульсу науковим розвідкам щодо сучасної кримінально-правової політики України.

1. Orlovska N.A. *Rol zaokhochennia u suchasni kryminalno-pravovii politytsi Ukrainy: aktualni pytannia dyskursu* / N.A. Orlovska // *Porivnialno-analitychne pravo*. – 2014. - №2 [Elektronnyi resurs]. - Rezhym dostupu: http://www.pap.in.ua/2_2014/78.pdf
2. Dyv., napryklad: Baulyn Yu.V. *Uholovnoe pravo kak otrasl publychnoho prava v nauchnom nasledyy professora M.Y. Bazhanova* / Yu.V. Baulyn // *Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy*. – 2013. - №1. - S.432-442.
3. Rabynovych P.M. *Potrebove pravorozuminnia yak vyslid sotsialno-materialistychnoi paradyhmy (zahalnoteoretychna kharakterystyka)* / P.M. Rabynovych // *Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*. – 2014. - №1. - S.6-15.
4. Orlovska N.A. *Dzherela kryminalnoho prava Ukrainy: aktualni pytannia suchasnoho kontekstu* / N.A. Orlovska // *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu. Serii: yurydychni nauky*. - Vyp.2.- Tom 4. – 2014. - S.39-45.
5. Sydorenko Э.Л. *Dyspozytyvnost kak rezhym uholovno-pravovoho rehulyrovanyia: avtoref. dyss. na soyskanye uch. stepeny d-ra yuryd. nauk: 12.00.08* / Э.Л.Сидоренко; *FHBOU VPO «Moskovskiyi hosudarstvennyi yurydycheskyi unyversytet ymeny O.E. Kutafyna (MHIuA)»*. - M., 2013. – 56 s.
6. Titko I. *Uhody yak instytut zabezpechennia realizatsii pryvatnoho interesu v kryminalnomu sudochynstvi Ukrainy: okremi pytannia* / I.Titko // *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*. – 2013. - №4. – S.225-234.
7. *Uzahalnennia sudovoi praktyky zdiisnennia kryminalnoho provadzhennia na pidstavi uhod: Vyshchyi spetsializovanyi sud Ukrainy z rozghliadu tsyvilnykh i kryminalnykh sprav* [Elektronnyi resurs]. - Rezhym dostupu: http://www.sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html

Орловська Н.А. До питання про нормативно-правовий договір як джерело кримінального права

У пропонованій статті автор розглядає нормативно-правовий договір як джерело кримінального права.

Автор вважає, що слід поставити питання про нагальну необхідність остаточного оформлення сучасної концепції джерел кримінального права, в рамках якої кримінально-правове регулювання та охорона найважливіших суспільних відносин набудуть більшої гнучкості.

Зокрема, йдеться про доцільність введення у площину фахового дискурсу нормативно-правового договору. Загалом нормативно-правовий договір є актом добровільного узгодження позицій сторін з приводу встановлення правил урегулювання життєвої ситуації, при цьому держава забезпечує виконання умов договору.

Автор зазначає, що саме стосовно примирення з винним та відшкодування заподіяної злочином шкоди можна розмірковувати про нормативно-правовий договір – угоду про примирення.

Зроблено висновок, що угода про примирення як нормативно-правовий договір може бути визнана джерелом кримінального права, вона дозволяє окреслити «трикутник» учасників кримінально-правових відносин – потерпілий, особа, яка вчинила злочин, держава.

Такий підхід відповідає тенденції гуманізації та розвитку начал приватності у кримінальному праві, яка є невід’ємною складовою нової кримінально-правової парадигми. Він надасть додаткового імпульсу науковим розвідкам щодо сучасної кримінально-правової політики України.

Орловская Н.А. К вопросу о нормативно-правовой договор как источник уголовного права

В данной статье автор рассматривает нормативно-правовой договор как источник уголовного права.

Автор считает, что следует поставить вопрос о крайней необходимости окончательного оформления современной концепции источников уголовного права, в рамках которой уголовно-правовое регулирование и охрана важнейших общественных отношений приобретут большую гибкость.

В частности, речь идет о целесообразности введения в плоскость профессионального дискурса нормативно-правового договора. В общем нормативно-правовой договор является актом добровольного согласования позиций сторон по поводу установления правил урегулирования жизненной ситуации, при этом государство обеспечивает выполнение условий договора.

Автор отмечает, что именно по примирению с виновным и возмещения причиненного преступлением вреда можно рассуждать о нормативно-правовой договор - соглашение о примирении.

Сделан вывод, что соглашение о примирении как нормативно-правовой договор может быть признана источником уголовного права, она позволяет опре-

делить «треугольник» участников уголовно-правовых отношений - потерпевший, лицо, совершившее преступление, государство.

Такой подход соответствует тенденции гуманизации и развития начал приватности в уголовном праве, которое является неотъемлемой составляющей новой уголовно-правовой парадигмы. Он придаст дополнительный импульс научным изысканиям по современной уголовно-правовой политике Украины.

Orlovska N.A. On the legal agreement as a source of criminal law

In this paper the author considers legal contract as a source of criminal law.

The author believes that we should raise the question of the urgent need for finalization of the modern concept of sources of criminal law, in which the legal regulation and protection of important public relations will gain greater flexibility.

Particular, the feasibility of entering into the plane of discourse professional legal contract. Overall legal agreement is an act of voluntary coordination of the parties on the establishment of rules regulating life situation, and the state provides the conditions of the contract.

The author notes that it is in respect of reconciliation guilty and compensation for crime damage can talk about a legal contract - an agreement on reconciliation.

It is concluded that the settlement as a legal contract can be considered a source of criminal law, it allows you to define «triangle» of participants of criminal legal relations - the victim, the person who committed the crime, the state.

This approach is consistent with the trends of humanization and privacy principles of criminal law, which is an integral component of the new criminal law paradigm. It will give additional impetus to scientific intelligence services on modern penal policy of Ukraine.