

**МІЖДИСЦИПЛІНАРНІ КАТЕГОРІЇ «ПРИМИРЕННЯ»,
«МЕДІАЦІЯ», «ПРОБАЦІЯ», «РЕСТИТУЦІЯ»:
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ЗАКОНОДАВЧІ ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ**

Меркулова В. О., Гритенко О. А.

ВСТУП

Правові механізми забезпечення прав потерпілого у кримінальному правосудді (у кримінальному провадженні) можуть бути різними. Проте їхня дієвість (результативність) зумовлюється насамперед ефективністю реалізації чинних правових норм, які визначають умови, підстави та межі їхнього застосування. Євроінтеграційні процеси, наближення вітчизняного кримінального законодавства до міжнародних стандартів, застосування інноваційних підходів зумовлюють інтенсивне виникнення нових інститутів, понять, категорій у чинному законодавстві. Якщо керуватися тим, що головною складовою частиною верховенства права має стати чіткість, узгодженість і повнота у визначенні законодавчих положень, то на порядку денному логічно постає проблема відповідності чинного кримінального (кримінально-виконавчого, кримінально-процесуального) законодавства цим критеріям.

Теоретична складова частина запровадження будь-якого кримінально-правового (кримінально-виконавчого, кримінально-процесуального) інституту, нових понять (термінів) є доволі важливою, оскільки саме в поняттях (ознаках) максимально повно має відтворюватися зміст і сутність нових інститутів і категорій, тим паче, якщо вони формалізовані у законі. Їхнє теоретичне осмислення повинне здійснюватися на декількох рівнях: відповідно до міжнародно-правових стандартів; з урахуванням позитивного теоретичного та законодавчого досвіду зарубіжних країн; з урахуванням вітчизняних традицій теорії та законодавчої практики; з урахуванням системозумовлюючих зв'язків. Інтенсивність реформування вітчизняного кримінального та кримінально-процесуального законодавства посилює актуальність комплексного системно-правового аналізу з метою виявлення неузгодженостей, суперечностей законодавства, пошуків усунення його недоліків. Актуальним для України є подовження (поглиблення) вітчизняних наукових досліджень із проблем визначення прийнятних для України кримінально-правових форм «примирення винного з потерпілим», «медіації», «пробації», процесуальних, кримінально-виконавчих аспектів їхньої реалізації.

Аксіоматичний підхід щодо визнання *первинності норм кримінального права (матеріальної галузі права)* щодо кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого законодавства зумовлює необхідність і доцільність системно-порівняльного аналізу на предмет ознак, а відповідно, і змісту, сутності, співвідношення новел вітчизняного законодавства – інститутів, понять, категорій тощо. Це, безумовно, має особливе значення для їхнього єдиного тлумачення, забезпечення ефективності практики правозастосування. Норми процесуального характеру повинні лише регулювати процедурні питання, чітко визначати порядок реалізації умов і підстав їхнього застосування, визначених у Кримінальному кодексі (далі – КК). Проте в дійсності в законотворчій діяльності часто спостерігається недотримання такого комплексного, системно-правового підходу, що у підсумку зумовлює нечіткість, суперечливість законодавчих положень кримінально-правового циклу.

1. Удосконалення чинного вітчизняного законодавства щодо посилення ефективності захисту прав потерпілої особи

Найсучаснішими міждисциплінарними проблемами вітчизняного кримінального правосуддя є визначення *оптимального правового статусу потерпілої особи* як суб'єкта кримінального провадження, визначення правових механізмів *посилення його впливу* на характер остаточного рішення державних установ на усіх стадіях кримінального провадження та судового розгляду справи, доведення доцільності впровадження новітніх механізмів (правових форм) *вирішення кримінально-правового конфлікту поза межами* класичного правосуддя – відновного правосуддя.

Всі зазначені проблеми є складниками більш загального питання – стану та напрямів удосконалення чинного вітчизняного законодавства щодо посилення ефективності *захисту прав потерпілої особи*. Визначення сутності та шляхів поширення дієвих теоретичних, правових, правозастосовних інструментів у цій сфері міститься у численних міжнародно-правових стандартах, є змістом теоретичних наукових досліджень, результатів відповідних апробацій у всесвітній і вітчизняній практиці, предметом обговорення науковців і практиків на науково-практичних конференціях.

Розгляд проблеми стану та перспектив посилення *захисту прав потерпілої особи* в Україні доцільно здійснювати, умовно кажучи, на двох рівнях. Перший зумовлений *стратегічним спрямуванням України до впровадження відновного правосуддя*. Проте підходи до визначення сутності та значення відновного правосуддя у вітчизняних правових і наукових джерелах є різними, а відповідно, і межі розуміння цього

інституту є широкими: від *ототожнення* із запровадженням альтернативних процедур вирішення кримінально-правового конфлікту без втручання компетентних державних органів, що має стати альтернативою чинному класичному кримінальному судочинству, *доповненням до традиційної судової системи*¹, до *більш широкого розуміння* як процесу досягнення певного компромісного рішення, налагодження взаємозв'язків усіх, хто має відношення до кримінально-правового конфлікту (потерпілого, злочинця, суду, правоохоронних органів, соціальних служб, місцевих громад тощо)², як такого процесу, який може стати складником чинної системи кримінального правосуддя, за умови приведення її у відповідність до міжнародних стандартів і позитивної законодавчої практики. Так, визнання того факту, що інститут правового *компромісу становить сутність відновного правосуддя*, що процес гуманізації кримінального судочинства в напрямі *захисту прав потерпілої особи є неможливим без впровадження* процедур примирення, медіації, залучення громадськості, у підсумку зумовило особливості змісту декількох Постанов Пленуму Верховного Суду України («Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» № 5 від 16 квітня 2004 р.; «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» № 131 від 02 липня 2004 р.; «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» № 12 від 23 грудня 2005 р.; «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» № 2 від 15 травня 2006 р.). У Концепції реформування кримінальної юстиції України (затвердженої Указом Президента України від 08 квітня 2008 р. № 311/2008) безпосередньо йшлося про те, що *основою відновного правосуддя є створення умов для примирення потерпілих і правопорушників, усунення наслідків, спричинених злочином або*

¹ Відновне правосуддя – шлях до безпечної громади: в рамках проекту «Формування альтернатив ув'язненню через розвиток відновного правосуддя в Україні». Київ : Український центр порозуміння, 2011. 23 с.; Туманянц А.Р. Деякі питання впровадження ідеї відновного правосуддя. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : Матеріали II міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 08 жовтня 2010 р.) : у 2 т. Т. 2. Одеса, 2010. С. 319.

² Басиста І.В.Рішення слідчого у кримінальних провадженнях на підставі угод: проблеми та перспективи. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 192; Кола примирення. Від злочину до повернення в громаду / пер. з англ. / Кей Праніс та ін. Київ : Видавець Захаренко В.О., 2008. С. 165; Федорчук Н. Відновне судочинство як альтернатива кримінальному: огляд його у Великій Британії та інших країнах прецедентної системи права. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2006. Вип. 42. С. 360.

кримінальним проступком, визначення заходів посилення захисту прав потерпілої особи, гарантованого відшкодування завданої злочином шкоди³.

Тож задоволення *потреб потерпілої особи у відновному правосудді є пріоритетом*. Потерпілий повинен мати можливість ефективно захистити свої права, отримати реальне відшкодування збитків, відновити відчуття безпеки (психологічно зцілитися), реально відчути свій особистий вплив на вирішення питань процедурного характеру та контролювати ситуацію. Головним є те, що звернення у вищезазначених правових і правозастосовних джерелах до цих доволі важливих сутнісних ознак відновного правосуддя має певні особливості: відповідні поняття, ознаки аналізуються на тлі чинного стану законодавства України та практики його застосування.

Тож, на наш погляд, сьогодні *важливішим є інший рівень* наукового (теоретичного, законодавчого) аналізу зазначеної проблеми. Він повинен передбачати звернення до тактичних проблем *удосконалення чинних інститутів*, сутність яких (безпосередньо чи опосередковано) полягає у захисті прав потерпілої особи під час реалізації будь-якої стадії кримінального провадження та судового розгляду справи.

Вплив міжнародних стандартів і позитивного зарубіжного законодавчого (правозастосовного) досвіду відтворився в інтенсивному напрацюванні вчених, законодавчих органів, практиків України щодо доцільності формулювання та доведення *дієвості правових новел*, яких зазнало вітчизняне кримінальне, кримінально-виконавче та кримінально-процесуальне законодавство. Визначення понять, ознак, критеріїв співвідношення (розмежування), умов і підстав застосування таких міждисциплінарних інститутів, як «примирення винного з потерпілою особою», «угода про примирення», «медіація», «реституція», «пробація», що стали невід'ємною складовою частиною чинного класичного кримінального правосуддя в Україні, є тим шляхом, який сприятиме посиленню гарантій захисту потерпілого, визначенню мінімально необхідного обсягу кримінально-правового впливу щодо винної особи та забезпеченню справедливого правосуддя в Україні.

Проте системно-правовий аналіз положень теорії та права в частині визначення змісту, сутнісних ознак, підстав і порядку застосування зазначених інститутів свідчить на користь необхідності подальшого поглибленого їхнього дослідження з метою (щонайменше) усунення суперечностей і нечіткості у законодавчих положеннях, з'ясування головних і другорядних ознак, критеріїв, як тих, що поєднують ці інститути, так і тих, що мають їх розмежовувати.

³ Южно О.О. Актуальні проблеми застосування новації щодо відновного і примирного правосуддя як один із чинників стратегії і тактики запобігання злочинності та її рецидиву. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2008. № 3. С. 20–21.

2. Деякі теоретичні та законодавчі проблеми визначення правової природи та сутнісних кримінально-правових ознак інституту «примирення»

У кримінальному законодавстві України категорія «примирення» використовується неодноразово. У ст. 46 КК визначаються підстави й умови звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості (крім корупційних злочинів) у зв'язку з примиренням винного з потерпілим і відшкодуванням завданих збитків або усуненням заподіяної шкоди. У ст. 75 КК йдеться про те, що суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі затвердження угоди про примирення (або про визнання вини), якщо сторонами узгоджено певний вид і термін покарання (виправні роботи, службове обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років), а також узгоджено звільнення від відбування цього покарання з випробуванням⁴.

Зіставлення змісту цих норм доводить: поняття «примирення» використовується в різних словосполученнях (примирення винного з потерпілим, угода про примирення); стосується різних кримінально-правових інститутів (звільнення від кримінальної відповідальності, умовне звільнення від відбування призначеного судом покарання); різняться за кримінально-правовими підставами (тяжкість вчинення злочину, вид і термін узгодженого покарання); передбачає різний за обсягом кари вид кримінально-правового впливу (відсутність будь-якого кримінально-правового примусу, призначення певного виду та розміру покарання); реалізується на різних стадіях кримінального правосуддя (досудове розслідування, судовий розгляд справи та винесення вироку) і різняться за суб'єктами відповідних відносин. Все це за відсутності теоретичного та законодавчого визначення відповідного поняття ускладнює розуміння правової природи та сутнісних кримінально-правових ознак інституту примирення.

Кримінально-процесуальні положення не додають чіткості у розмежуванні підстав та умов застосування інституту примирення у разі вчинення проступку, злочинів невеликої та середньої тяжкості. По-перше, Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК) не містить спеціальної регламентації процедурних питань застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. По-друге, законодавчі положення, які стосуються реалізації «угоди про примирення», містять суперечливі положення.

⁴ Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповн. станом на 01 вересня 2018 р. Київ : Паливода А.В., 2018. С. 22, 37.

Поняття «*угода про примирення*» неодноразово використовується у Главі 35 «Кримінальне провадження на підставі угод» Розділ VI (ст. 468–476). Узагальнення та систематизація змісту кримінально-процесуальних положень свідчить про те, що на особливу увагу заслуговують ті, в яких вказано: угода про примирення укладається між *потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим* (крім уповноваженої юридичної особи) за ініціативою будь-кого з них у будь-який момент після повідомлення *особі про підозру* до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку; укладається у провадженнях щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, у кримінальних провадженнях приватного обвинувачення; у разі досягнення угоди під час досудового слідства до суду надсилається *обвинувальний акт* і підписана сторонами угода, в якій (крім іншого) формулюється розмір шкоди, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений мають вчинити на користь потерпілого; угода затверджується вироком суду, котрий призначає узгоджену сторонами міру покарання; у разі невиконання угоди суд скасовує вирок, яким затверджена угода, призначає судовий розгляд у загальному порядку або ж направляє матеріали для провадження *для завершення досудового розслідування*⁵.

Законодавчі протиріччя виявляються таким чином. З одного боку, йдеться про те, що: угода про примирення укладається між *потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим* (ст. 468 КПК; у будь-який момент після повідомлення *особі про підозру* (ч. 5 ст. 469 КПК); змістом домовленості є виконання певних дій *підозрюваним чи обвинуваченим* (ст. 471 КПК); у разі невиконання угоди суд може направити матеріали для провадження *для завершення досудового розслідування* (ч. 3 ст. 476 КПК), що може розглядатися як можливість надання матеріалів неповного судового розслідування щодо підозрюваного.

З іншого боку, факт формалізації матеріалів досудового розслідування лише у *форматі обвинувального акта* (ч. 1 ст. 474 КПК) свідчить на користь того, що угода про примирення може укладатися *лише стосовно обвинуваченої особи*, а це, до речі, підтверджується змістом ч. 5 ст. 474 КПК, у якій йдеться про те, що перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового засідання повинен *з'ясувати в обвинуваченого порядок та умови здійснення правосуддя за умов досягнення угоди про примирення*.

До того ж, маємо погодитися з тим, що *законодавче обмеження права потерпілої особи надалі вимагати притягнення особи до кримінальної*

⁵ Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство із змінами та доповненнями на 01 червня 2018 р. : Офіц. текст. Київ : Алерта, 2018. С. 227–232.

відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення, змінювати розмір вимог (ч. 2 ст. 473 КПК), оскільки ситуація може суттєво змінитися, не відповідає розумінню сутності, спрямованості, юридичних наслідків примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим)⁶. Не безпідставно це обмеження має розглядатися як таке, що суперечить основам відновного правосуддя, спрямованого на відновлення справедливості й усунення заподіяних збитків, перешкоджатиме впровадженню особливого порядку вирішення кримінально-правових конфліктів.

Окремому аналізу слід піддавати протиріччя, які існують між принциповими (*фундаментальними*) положеннями кримінального права й окремими нормами кримінально-процесуального законодавства в частині реалізації «примирення винного з потерпілою особою» й «угоди про примирення». Підтримуємо позиції тих вчених, котрі звертають увагу на *необхідність подальшого реформування теорії кримінального права з огляду на інтенсивність змін, яких зазнає чинне законодавство*. Так, із погляду матеріального значення кримінального права, принципового значення загальних засад призначення покарання, а отже, необхідності саме судом оцінювати відповідність виду та терміну покарання тяжкості вчиненого діяння та ступеня суспільної небезпеки вчиненого пропонується оцінювати доцільність (недоцільність) надання права узгоджувати вид і розмір покарання з винною особою. Суттєве спрощення кримінального правосуддя щодо злочинів певного ступеня тяжкості, навіть можливість проведення досудового слідства не в повному обсязі (на підставі доведення факту примирення, визнання винуватості, відшкодування завданої шкоди) пропонується узгодити з основними принципами кримінального права (невідворотності відповідальності, пропорційності покарання та тяжкості вчиненого діяння). Не може не звернути на себе увагу *різноплановість кримінально-правових і кримінально-процесуальних умов укладання угод про примирення*: в КПК пов'язується із видом і тяжкістю кримінального правопорушення наявність приватного та публічного інтересу, тоді як у КК – із видом узгодженого покарання⁷.

Паралельне існування за чинним законодавством інститутів «примирення винного з потерпілим» (ст. 46 КК) та «угоди про примирення» (ст. 471 КПК)

⁶ Басиста І.В. Рішення слідчого у кримінальних провадженнях на підставі угод: проблеми та перспективи. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 191.

⁷ Бурдін В.М. Деформація новим КПК України окремих положень КК України. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 38, 40; Яремко Г.З. Угоди про примирення або визнання винуватості: окремі матеріальні та процесуальні аспекти. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 174.

ускладнили суттєво правозастосовну практику, розуміння того, в яких випадках (у разі вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості) слід звертатися до суду з клопотанням про звільнення від кримінальної відповідальності, а коли – з обвинувальним актом щодо угоди про примирення. Зазначене свідчить про те, що потребується суттєве доопрацювання цих питань на теоретичному та законодавчому рівнях, щоби розмежовувати ознаки цих інститутів, а відповідно, порядок та умови їхнього застосування. Проте ускладнення правозастосовної практики у цьому разі посиляться із поширенням практики застосування таких нових інституцій, як «медіація» та «пробація», оскільки медіаційні й апробаційні процедури стосуватимуться також переважно злочинів, які не становлять значної суспільної небезпеки (проступки, злочини невеликої та середньої тяжкості).

3. Співвідношення категорій «примирення», «медіація» та «пробація»

В одних випадках вчені *ототожнюють інститут примирення потерпілого з винною особою* (ст. 46 КК) та *інститут медіації*, вбачаючи у цьому відновлення безконфліктного стану між потерпілим і винною особою⁸, в інших – стверджують лише про їхню схожість⁹. Подеколи не лише йдеться про схожість цих інституцій, а й підкреслюється спосіб врегулювання кримінально-правового конфлікту: *ст. 46 КК є закріпленням відомого зарубіжному законодавству інституту медіації*, в основу якого покладено *посередництво у примиренні сторін*¹⁰. Відповідно у спеціальних публікаціях після слова «медіація» в дужках часто визначається слово «примирення» – медіація (примирення).

Проте між примиренням і медіацією існує суттєва змістовна різниця. Саме ця різниця яскраво проглядається, якщо звернутися до окремих міжнародно-правових, законодавчих і теоретичних визначень поняття «медіації». Відповідно до визначень, які містяться у міжнародно-правових документах, *медіація – це процес*, де жертві та правопорушнику надається можливість, у разі їхньої згоди, брати активну участь за допомогою нейтральної сторони (медіатора) у вирішенні питань, пов'язаних зі

⁸ Корягіна А.М. Примирення винного з потерпілим: кримінологічне визначення поняття. *Протидія злочинності в Україні: кримінально-правові та кримінологічні аспекти* : матеріали Всеукр. наук. практи. семінару (м. Миколаїв, 26 травня 2016 р.) / упоряд. Є.О. Письменський. Миколаїв : Луг. держ. унів. внут. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2016. С. 96; Перепада О.В. Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ : Інститут держави і права НАН України, 2003. 219 с.

⁹ Дудоров О.О. Проблеми вдосконалення законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : Матеріали II міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 08 жовтня 2010 р.) : у 2 т. Т. 1. Одеса, 2010. С. 100.

¹⁰ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ : Юридична думка, 2008. С. 127.

злочином¹¹; процес пошуку до або під час кримінального процесу взаємоприйняттого рішення між потерпілим і правопорушником за посередництвом компетентної особи – медіатора¹².

На процедурну складову частину медіації звертається увага й у визначеннях, які надаються у різних законопроектах «Про медіацію» в Україні: *медіація – це процедура позасудового вирішення конфліктів (спорів) їх сторонами на засадах добровільності, самовизначення й рівності сторін, конфіденційності, незалежності та неупередженості із залученням медіатора, що спрямована на самостійне досягнення сторонами рішення щодо позасудового врегулювання конфлікту (спору) у порядку, передбаченому законом¹³; медіація – це альтернативний позасудовий спосіб розв’язання спорів, за допомогою якого сторони намагаються у межах структурованого процесу самостійно на добровільній основі досягнути угоди у вирішенні конфлікту за допомогою медіатора¹⁴.*

У спеціальній літературі медіація також переважно розглядається як певний засіб мирного вирішення спорів, в основі якого – процес досягнення угоди між потерпілим, підозрюваним (обвинуваченим), змістом якої є узгодження позицій сторін спору¹⁵. Навіть більше, спостерігається ототожнення поняття «медіація» та «посередництво». Справедливо доводиться те, що сутністю медіації є саме процедурний аспект, діяльність медіатора, спрямована на вирішення конфлікту між потерпілим і правопорушником та усунення негативних наслідків цього конфлікту¹⁶. Відповідно примирення маємо розглядати як результат здійснення медіаційних (посередницьких) процедур. Проте проблемою є те, що відсутні чіткі критерії розмежування цих понять, їхнього співвідношення з поняттям «відновного правосуддя».

Як вже йшлося, з часом посиляться проблема співвідношення між «угодою про примирення», «медіацією» та «пробацією». Однією із сучасних проблем теорії, законодавства та правозастосування в Україні є створення національної моделі інституту «пробації». Зарубіжний законодавчий і правозастосовний досвід, перші кроки запровадження пробації в Україні надають вченим достатні підстави вважати пробацію

¹¹ Про медіацію у кримінальних справах : Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам від 15 вересня 1999 р. № 19R (99). *Відновне правосуддя в Україні*. 2005. № 1–2. С. 50.

¹² Про місце жертв у кримінальному судочинстві : Рамкове рішення Ради Європейського Союзу від 15 березня 2001 р.

¹³ Про медіацію (посередництво) у кримінальних справах : Проект Закону України, внесений народним депутатом України О.І. Тищенко від 21 лютого 2011 р. № 8137.

¹⁴ Проект Закону «Про медіацію» від 17 грудня 2015 р. № 3665. *Дзеркало тижня*. 2017. № 29 (329). С. 13.

¹⁵ Відновне правосуддя. Особливості провадження процедури медіації: європейський досвід / О.М. Боброва та ін. Київ : Наш час, 2006. 164 с.

¹⁶ Власова Г.П., Жерж Н.А. Нормативне визначення інституту медіації та відновного правосуддя в кримінальному процесі. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2011. № 4. С. 73–75.

*різноманітним, комплексним і доволі складним міждисциплінарним інститутом*¹⁷.

У Законі України № 160-VIII від 05 лютого 2015 р. «Про пробацію» йдеться про те, що пробацією є система наглядових, соціально-виховних заходів, виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, *забезпечення суду інформацією*, що характеризує обвинувачену особу. Визначається мета, завдання, підстави, різні види пробації. Отже, на нашу увагу, враховуючи предмет дослідження, заслуговує *досудова пробація*, сутність якої полягає у забезпеченні суду інформацією, що характеризує обвинувачену особу, сприяє прийняттю судом справедливого рішення щодо доцільного обсягу кримінально-правового впливу, виду відповідальності, міри покарання тощо. Діяльність служби пробації, пов'язана із вивченням соціально-демографічних і психофізичних характеристик обвинуваченого (підозрюваного), що здійснюється паралельно з проведенням досудового розслідування, є новою важливою функцією, яка сприятиме опосередковано і вивченню ситуації щодо взаємовідносин між обвинуваченим і потерпілою особою. І здебільшого об'єктом дослідження, збору й аналізу інформації стануть особи, які вчинили нетяжкі злочини, в певних випадках – тяжкі за наявності сукупності пом'якшуючих обставин, адже сутнісним змістом функціонування служби пробації є нагляд і здійснення системи соціально-виховних заходів щодо осіб, засуджених до покарань, не пов'язаних із позбавленням волі. Це саме та сфера кримінально-правового конфлікту, де, застосовуючи певні технології впливу на відносини між потерпілою та винною особою, медіатори, співробітники служби пробації можуть сприяти досягненню угоди про примирення.

Зазначене посилює справедливість твердження про необхідність подальшого удосконалення визначення поняття пробації – визначення терміна узагальненого характеру, що має *відтворювати суттєві ознаки як такі, що є загальною сутністю будь-якого виду пробації*¹⁸.

Проте вважаємо, що на порядок денний постала і проблема визначення окремих понять щодо різних видів пробації, щоби відтворити в специфічних ознаках сутнісну та змістовну особливість різних етапів пробаційної діяльності відповідно до етапів кримінального правосуддя.

¹⁷ Пазиніч В.І., Мельниченко М.П. Перспективи впровадження й розвитку пробації в Україні. *Сучасна наука – пенітенціарній практиці* : збірник матеріалів II Міжнар. практ. конф. (Київ, 04 грудня 2014 р.) / за ред. В.П. Тихого, Є.Ю. Бараша. Київ : Ін-т крим.-вик. Служби; Київський регіональний центр НАПрН України, 2014. С. 284.

¹⁸ Книженко О.О. Актуальні питання запровадження пробації в Україні. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу: розвиток та інтеграція* : збірник матеріалів між нар. наук-практ. конф. (Київ, 27 листопада 2015 р.). Київ : Ін-т крим.-вик. служби, 2015. С. 50–52.

Досудова пробація передбачатиме впровадження елементів відновного правосуддя, а отже, здійснення медіаційних процедур.

Вважаємо, що такий підхід має стосуватися не лише неповнолітніх¹⁹, а всіх осіб, які вчинили проступки, злочини невеликої та середньої тяжкості, проте за наявності кримінально-правових умов і підстав застосування примирення винного з потерпілим або ж угоди про примирення.

4. Теоретичні та правові проблеми правової природи реституції

Маємо також звернутися до *проблеми «реституції»* (від лат. restitutio – поновлення). Визначення *понять реституції* в доктрині є різними: від узагальнюючого характеру до виокремлення певних ознак кримінально-правової реституції: *реституція* – відновлення первинних порушених прав; *кримінально-правова реституція* – це поновлення прав і законних інтересів потерпілого від злочину шляхом відшкодування обвинуваченим, підсудним чи засудженим завданої потерпілому матеріальної та моральної шкоди²⁰.

Цей термін поступово входить у теорію та законодавство України. Якщо аналізувати окремі проблеми захисту прав потерпілої особи, не можна оминати цього питання, оскільки *«конститутивною ознакою потерпілого від злочину є характер і вид шкоди, заподіяної потерпілому...»²¹*. Досягнення оптимально швидкого та повного відшкодування завданих збитків, спричиненої матеріальної, фізичної та моральної шкоди є ціллю та сутнісною ознакою «примирення», «медіації», певним чином і «пробації», що дозволяє вченим небезпідставно вбачати в цьому «трансформацію існуючої каральної моделі правосуддя в реституційну та реінтеграційну»²².

У теорії права аналізу піддаються різні питання, які стосуються правової природи реституції, співвідношення реституції із кримінальною відповідальністю²³, визначення місця та значення відшкодування збитків під час застосування звільнення від кримінальної відповідальності, пошуків шляхів врегулювання питання відшкодування завданої потерпілому

¹⁹ Кулик Л.М., Капленко Т.В. Медіація як пріоритетний напрям профілактики злочинності неповнолітніх. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу: розвиток та інтеграція* : збірник матеріалів між нар. наук-практ. конф. (Київ, 27 листопада 2015 р.). Київ : Ін-т крим.-вик. служби, 2015. С. 415–417.

²⁰ Хавронюк М. Кримінально-правова реституція за законодавством України та інших європейських держав. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2006. Вип. 42. С. 302.

²¹ Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / за заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. Харків : Вид-во Кроссрод, 2008. С. 47, 48.

²² Туманянц А.Р. Деякі питання впровадження ідеї відновного правосуддя. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : Матеріали II міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 08 жовтня 2010 р.) : у 2 т. Т. 2. Одеса, 2010. С. 320.

²³ Сердюк П.П. Теорія кримінальної відповідальності в сучасному кримінальному праві: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.08. Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2013. С. 7–8.

матеріальної та моральної шкоди. Недоліком вважається законодавче закріплення відшкодування шкоди лише за наявності особи, яка визнана винною у вчиненні злочину. Постають питання щодо ситуацій, коли винна особа неієздатна, неосудна, ухиляється від правосуддя, неплатоспроможна. У цьому разі, враховуючи предмет нашого дослідження, маємо звернути увагу на важливість і складність вирішення питання *співвідношення реституції із кримінальною відповідальністю*. П.П. Сердюк, базуючись на вивченні законодавчого та правозастосовного досвіду застосування кримінально-правової реституції в 34 країнах світу, доводить, що кримінально-правова *реституція не є формою кримінальної відповідальності*²⁴. Проте, якщо керуватися змістом чинного кримінального законодавства України щодо умов, підстав, значення та кримінально-правових наслідків відшкодування завданих збитків, усунення заподіяної шкоди у разі застосування різних видів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання, відповідь ускладнюється. Зокрема, в частині визначення такого виду *примусового заходу виховного характеру*, що застосовується до неповнолітніх, як покладання на особу, яка досягла *п'ятнадцятирічного віку і має майно, кошти та заробіток, обов'язку відшкодування заподіяних майнових збитків* (п.4 ч. 2 ст. 105 КК). Адже ці заходи, у разі їхнього застосування до неповнолітнього, звільнення від покарання на підставі ст. 105 КК, є певним специфічним видом кримінальної відповідальності щодо неповнолітньої особи. Відповідно і реституцію (сутність та основний зміст якої полягає у відшкодуванні збитків) маємо розглядати як складову частину такої відповідальності.

Не можна виключати те, що на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням (ст. 75, 76 КК), суд, покладаючи певні обов'язки, які є різними за обсягом правообмежень, враховує (окрім тяжкості вчиненого злочину й особи винного) обставини, що пом'якшують відповідальність. Такою обставиною є добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (п. 2 ст. 66 КК). У цьому разі примусове відшкодування також охоплюється поняттям кримінальної відповідальності.

Важливим є також те, що одним із основних критеріїв, який розмежовує «примирення винного з потерпілим» (ст. 46 КК) та «угоду про примирення» (ст. 471 КПК), є порядок та умови *відшкодування завданої винним шкоди*. У абз. 4 п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» зазначається, що однією з умов звільнення є *факт відшкодування завданих*

²⁴ Там само.

збитків або усунення заподіяної шкоди²⁵. Проте в спеціальних дослідженнях дещо по-іншому тлумачиться законодавче положення ст. 46 КК. Вчені доводять, що у разі досягнення примирення потерпілий може погодитися на достатнє, на його погляд, відшкодування, а отже, можливо, і не в повному обсязі. Тож задоволення претензій потерпілого може полягати у повному відшкодуванні (усуненні) шкоди, частковому або ж визначеними частинами, як самим винним, так і іншими особами. Допускаються навіть випадки, коли потерпілий може пробачити винному заподіяну шкоду²⁶. Проте «угода про примирення» за змістом передбачає не лише визначення розміру шкоди, але й строк її відшкодування (ст. 471 КПК). Останнє в правозастосуванні тлумачиться як доведення того, що передбачається досягнення домовленостей щодо умов і строків відшкодування завданої шкоди, обговорюється механізм відшкодування у майбутньому²⁷. Проте ці умови визначаються не в матеріальній галузі права – кримінальному праві, що є неприпустимим.

Отже, складність розуміння правової природи реституції зумовлюється чималою кількістю чинників теоретичного та правового характеру. Проте найважливішими є: *відсутність поняття*, яке б містило перелік узагальнюючих ознак, властивих усім випадкам поновлення майнового та морального стану потерпілої особи, що відтворюватимуть правову сутність інституту; відсутність чіткого кримінально-правового регулювання застосування реституції залежно від видів кримінально-правового впливу, форм кримінальної відповідальності.

ВИСНОВКИ

Отже, потрібні більш глибокі наукові дослідження проблем *змісту, сутності, ознак, форм і значення компромісних відносин у вирішенні кримінально-правового конфлікту*. Складовою частиною цієї більш широкої міждисциплінарної комплексної проблеми є дослідження та надання пропозицій щодо суто теоретичних конструкцій (понять, категорій, їхніх ознак), у змісті та сутності яких відтворюються особливості матеріальних і процедурних елементів компромісу між

²⁵ Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності»: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12. *Злочини проти громадського порядку та громадської безпеки* : хрестоматія / під заг. ред. А.О. Шелехова. Одеса : ОДУВС, 2017. С. 132.

²⁶ Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / за заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. Харків : Вид-во Кроссрод, 2008. С. 101.

²⁷ Буланша Н.І. Правові підстави укладання угоди про примирення та звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. *Роль і місце ОВС у розбудові демократичної правової держави* : матеріали VI Міжнар. наук.практ. конф., м. Одеса, 04 квітня 2014 р. Одеса : ОДУВС, 2014. С. 175.

потерпілою особою та правопорушником: «угода про примирення», «медіація», «пробація», «реституція». Не менш важливою є проблема формулювання відповідних правових конструкцій, визначення критеріїв розмежування між суміжними правовими інститутами, досягнення максимально можливої чіткості та повноти у формулюванні законодавчих кримінально-правових і кримінально-процесуальних положень.

Маємо підкреслити *комплексне, міждисциплінарне значення інституту примирення*, який відіграє значну роль у впровадженні у вітчизняну правову систему компромісних форм вирішення кримінально-правового конфлікту, що у підсумку спрацьовує на захист інтересів потерпілої особи. Результатом теоретичних досліджень змісту та сутності тих ознак, які підтверджують комплексність і міждисциплінарний характер цього інституту, відтворюють основоположну (принципову) сутність компромісної угоди, межі кримінально-правових об'єктивних і суб'єктивних підстав її застосування, має стати суто кримінально-правове визначення відповідного поняття. Той факт, що результатом угод про примирення є узгодження певних кримінально-правових наслідків (форм кримінальної відповідальності, виду та терміну покарання, факту його реального відбування чи не відбування тощо) доводить, що регулювання цього інституту має бути суто предметом матеріальної галузі права – кримінального права.

Матеріально-правове визначення поняття «примирення винного з потерпілим» у своїх ознаках має відтворити: усі необхідні вимоги до поведінки як потерпілого (пробачення, формулювання вимог щодо злочинця та готовність прийняття компромісного рішення), так і винної особи (визнати вину, покаятися, відшкодувати збитки, вчинити інші визначені згодою дії на користь потерпілої особи); альтернативність і варіативність застосування цієї категорії у кримінальному правосудді.

Визначення поняття «примирення» в теорії кримінального права має стати основоположним щодо розуміння й уточнення в окремих спеціальних законах таких понять, як «медіація», «пробація», «реституція». Відповідно посилюється актуальність утворення *суто кримінально-правового понятійного апарату*, який має стати основою для використання тотожних і споріднених понять у галузях права кримінально-правового блоку.

АНОТАЦІЯ

Євроінтеграційні процеси, наближення вітчизняного кримінального законодавства до міжнародних стандартів, застосування інноваційних підходів зумовлюють інтенсивне виникнення нових інститутів, понять,

категорій у чинному законодавстві. Теоретична складова частина запровадження будь-якого кримінально-правового (кримінально-виконавчого, кримінально-процесуального) інституту, нових понять (термінів) є доволі важливою, оскільки саме в поняттях (ознаках) максимально повно має відтворюватися зміст і сутність нових інститутів та категорій. Теоретичне осмислення має здійснюватися на декількох рівнях: відповідно до міжнародно-правових стандартів; з урахуванням позитивного теоретичного та законодавчого досвіду зарубіжних країн; з урахуванням вітчизняних традицій теорії та законодавчої практики; з урахуванням системозумовлюючих зв'язків. Інтенсивність реформування вітчизняного кримінального та кримінально-процесуального законодавства посилює актуальність комплексного системно-правового аналізу з метою виявлення неузгодженостей, суперечностей законодавства, пошуків усунення його недоліків. Актуальним для України є подовження (поглиблення) вітчизняних наукових досліджень проблем визначення прийнятних для України кримінально-правових форм «примирення винного з потерпілим», «медіації», «пробації», процесуальних, кримінально-виконавчих аспектів їхньої реалізації. Складовою частиною цієї більш широкої міждисциплінарної комплексної проблеми є дослідження та надання пропозицій щодо суто теоретичних конструкцій (понять, категорій, їхніх ознак), у змісті та сутності яких відтворюються особливості матеріальних і процедурних елементів компромісу між потерпілою особою та правопорушником: «угода про примирення», «медіація», «пробація», «реституція». Визначення поняття «примирення» в теорії кримінального права має стати основоположним щодо розуміння й уточнення в окремих спеціальних законах таких понять, як «медіація», «пробація», «реституція».

ЛІТЕРАТУРА

1. Басиста І.В. Рішення слідчого у кримінальних провадженнях на підставі угод: проблеми та перспективи. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 188–194.
2. Відновне правосуддя. Особливості провадження процедури медіації: європейський досвід / О.М. Боброва та ін. Київ : Наш час, 2006. 164 с.
3. Буланша Н.І. Правові підстави укладання угоди про примирення та звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. *Роль і місце ОВС у розбудові демократичної*

правової держави : матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 04 квітня 2014 р. Одеса : ОДУВС, 2014. С. 175–176.

4. Бурдін В.М. Деформація новим КПК України окремих положень КК України. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 36–40.

5. Відновне правосуддя – шлях до безпечної громади: в рамках проекту «Формування альтернатив ув'язненню через розвиток відновного правосуддя в Україні». Київ : Український центр порозуміння, 2011. 23 с.

6. Власова Г.П., Жерж Н.А. Нормативне визначення інституту медіації та відновного правосуддя в кримінальному процесі. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2011. № 4. С. 73–75.

7. Дудоров О.О. Проблеми вдосконалення законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : Матеріали II міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 08 жовтня 2010 р.) : у 2 т. Т. 1. Одеса, 2010. С. 100–104.

8. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповн. станом на 01 вересня 2018 р. Київ : Паливода А.В., 2018. 264 с.

9. Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство із змінами та доповненнями на 01 червня 2018 р. : Офіц. текст. Київ : Алерта, 2018. 318 с.

10. Корягіна А.М. Примирення винного з потерпілим: кримінологічне визначення поняття. *Протидія злочинності в Україні: кримінально-правові та кримінологічні аспекти* : матер. Всеукр. наук. практ. семінару (м. Миколаїв, 26 травня 2016 р.) / упоряд. Є.О. Письменський. Миколаїв : Луг. держ. унів. внут. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2016. С. 96–98.

11. Книженко О.О. Актуальні питання запровадження пробації в Україні. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу: розвиток та інтеграція* : збірник матеріалів між нар. наук-практ. конф. (Київ, 27 листопада 2015 р.). Київ : Ін-т крим.-вик. служби, 2015. С. 50–52.

12. Кулик Л.М., Капленко Т.В. Медіація як пріоритетний напрям профілактики злочинності неповнолітніх. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського Союзу: розвиток та інтеграція* : збірник матеріалів між нар. наук-практ. конф. (Київ, 27 листопада 2015 р.). Київ : Ін-т крим.-вик. служби, 2015. С. 415–417.

13. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ : Юридична думка, 2008. 1216 с.
14. Перепаддя О.В. Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ : Інститут держави і права НАН України, 2003. 219 с.
15. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / за заг. ред.. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. Харків : Вид-во Кроссруд, 2008. 364 с.
16. Пазиніч В.І., Мельниченко М.П. Перспективи впровадження й розвитку пробації в Україні. *Сучасна наука – пенітенціарній практиці* : збірник матеріалів II Міжнар. практ. конф. (Київ, 04 грудня 2014 р.) / за ред. В.П. Тихого, Є.Ю. Бараша. Київ : Ін-т крим.-вик. служби; Київський регіональний центр НАПрН України, 2014. С. 283–286.
17. Кола примирення. Від злочину до повернення в громаду / пер. з англ. / Кей Праніс та ін. Київ : Видавець Захаренко В.О., 2008. 272 с.
18. Про медіацію у кримінальних справах : Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам від 15 вересня 1999 р. № 19R (99). *Відновне правосуддя в Україні*. 2005. № 1–2. С. 50–53.
19. Про місце жертв у кримінальному судочинстві : Рамкове рішення Ради Європейського Союзу від 15 березня 2001 р.
20. Про медіацію (посередництво) у кримінальних справах : Проект Закону України, внесений народним депутатом України О.І. Тищенко від 21 лютого 2011 р. № 8137.
21. Проект Закону «Про медіацію» від 17 грудня 2015 р. № 3665. *Дзеркало тижня*. 2017. № 29 (329). С. 13.
22. Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12. *Злочини проти громадського порядку та громадської безпеки* : хрестоматія / за заг. ред. А.О. Шелехова. Одеса : ОДУВС, 2017. С. 130–135.
23. Сердюк П.П. Теорія кримінальної відповідальності в сучасному кримінальному праві: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.08. Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2013. 34 с.
24. Туманянц А.Р. Деякі питання впровадження ідеї відновного правосуддя. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : Матеріали II міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 08 жовтня 2010 р.) : у 2 т. Т. 2. Одеса, 2010. С. 318–320.

25. Федорчук Н. Відновне судочинство як альтернатива кримінальному: огляд його у Великій Британії та інших країнах прецедентної системи права. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2006. Вип. 42. С. 360–362.

26. Хавронюк М. Кримінально-правова реституція за законодавством України та інших європейських держав. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2006. Вип. 42. С. 302–307.

27. Юхно О.О. Актуальні проблеми застосування новації щодо відновного і примирного правосуддя як один із чинників стратегії і тактики запобігання злочинності та її рецидиву. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2008, № 3. С. 19–22.

28. Яремко Г.З. Угоди про примирення або визнання винуватості: окремі матеріальні та процесуальні аспекти. *Кримінально-процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти* : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції (19–20 вересня 2013 р.). Львів : ЛДУВС, 2013. С. 174–177.

Information about authors:

Merkulova V. O.,

Doctor of Law, Professor,

Professor of the Department of Criminal Law and Criminology

of the Faculty № 1

of the Odessa State University of Internal Affairs

1, Uspenskaya str., Odessa, Ukraine

Gritenko O. A.,

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor,

Head of the Department of Criminal Law and Criminology

of the Faculty № 1

of the Odessa State University of Internal Affairs

1, Uspenskaya str., Odessa, Ukraine