

- Поняття загальних засад призначення покарання
- [Призначення покарання в межах, установлених у санкції статті Особливої частини Кримінального кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин](#)
- [Призначення покарання відповідно до положень Загальної частини КК України](#)
- [Призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину](#)
- [Призначення покарання з урахуванням особи винного](#)
- [Призначення покарання з урахуванням обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання](#)

Поняття загальних засад призначення покарання

Проблема призначення покарання протягом усієї історії розвитку суспільства й держави досліджувалася не тільки юристами, але й філософами, соціологами, кримінологами. Це було зумовлено активним пошуком способу визначення справедливого покарання винному за вчинений злочин. Унаслідок історичної мінливості самого розуміння справедливості, сутності й змісту покарання, правила його призначення зазнавали істотних змін.

Ще Платон, Аристотель, Цицерон здійснювали спроби формування моделі інституту призначення покарання. Так, Аристотель, досліджуючи питання правосудності й неправосудності винесених вироків, визначив основні принципи обрання правосудного (справедливого) вироку: розмірність, добро та справедливість. Цицерон, аналізуючи практику здійснення правосуддя, сформулював верховний закон, основне правило його справедливого застосування — рівність злочину й покарання, що можна назвати одним із перших загальних правил призначення покарання винному^[60].

З розвитком держави та права проблемам призначення покарання приділялася дедалі більша увага. Пройшовши певну еволюцію у своєму розвитку, найбільш інтенсивне наукове розроблення питання призначення покарання одержали наприкінці XVIII — на початку XIX ст. Засновник класичної школи кримінального права Ч. Беккарія, досліджуючи питання призначення покарання, писав: "Покарання неодмінно має бути публічним, негайним, необхідним, найменшим із можливих за цих обставин, пропорційним злочину, установленому в законах"^[61].

Критикуючи занадто широкі межі суддівського розсуду того часу і викликане цим судове свавілля, Ч. Беккарія стверджував, що "тільки закони можуть установлювати покарання

за злочини, і влада їх видання може належати тільки законодавцеві як представнику всього суспільства"^[62]. Він співвідносив покарання зі шкодою, заподіяною вчиненим злочином, стверджуючи, що "єдиним та істинним мірилом злочинів є шкода, яку вони завдають суспільству"^[63].

Сформульовані Ч. Беккарія кілька століть тому ідеї щодо покарання і його призначення стали, по суті, фундаментом наступних кримінально-правових теорій призначення покарання.

Необхідність індивідуалізації покарання при його призначенні аргументували також Гегель, Кант, Бентам та інші вчені. Зокрема, Гегель, досліджуючи питання покарання та його призначення, обґрунтовував доцільність індивідуалізації покарання відповідно до чинної на той час кримінальної політики, оскільки, як він вважав, будь-який кримінальний кодекс характерний насамперед своїм часом і становищем у суспільстві^[64].

Бентам, говорячи про необхідність індивідуалізації покарання, стверджував, що різноманітність злочинів повинна викликати різноманітність покарань, а вивчення громадського життя дозволить установлювати порівняльну тяжкість злочину і пропорційні цій тяжкості покарання^[65].

Питання призначення покарання висвітлювались і в багатьох роботах провідних російських учених. Так, покарання і правила його призначення досліджували С.П. Мокринський, М.С. Таганцев, Н.Д. Сергієвський, І.Я. Фойницький, В.Д. Спасович, М.Д. Шаргородський та інші.

Отже, аналізуючи історію розвитку інституту призначення покарання, слід зазначити, що ще в XIX столітті приділялася значна увага дослідженню питань покарання, принципам його призначення: гуманності, справедливості, законності, індивідуалізації. Були здійснені спроби не тільки сформулювати підстави, біле й визначити основні правила обрання міри покарання винному. При цьому особливого значення при призначенні покарання вчені надавали особі винного.

Середина XIX — початок XX ст. в Україні став періодом зародження кодифікованого кримінального законодавства, коли вперше в законі на підставі наявної теоретичної бази

й практики призначення покарання було сформульовано основні правила призначення покарання. Як визнають більшість учених, цей історичний період був одним із найплідніших в історії кримінального права взагалі й особливо для інституту призначення покарання.

Виходячи з того, що значна частина України певний період часу була територією Російській імперії, видається цікавою історія розвитку норм про правила призначення покарання цієї держави на цей період часу.

У середині XIX століття вчені все частіше стали доходити висновку про необхідність обмеження розсуду суду при призначенні конкретного покарання винному, гуманізації та максимально можливої диференціації покарання, розроблення критеріїв, правил призначення покарання та закріплення їх у законі. Уже в 1845 році в першому кодифікованому джерелі кримінального права Російської імперії — "Уложенні про покарання кримінальні та виправні"^[66] у ст. 110 розділу I були фактично сформульовані певні правила, якими мав керуватися суд, призначаючи покарання винному.

Аналізуючи Уложення 1845 року, М.С. Таганцев писав про те, що в ньому деякі норми про покарання та його призначення відзначались архаїчністю, казуїстичністю та яскраво вираженим становим характером закріплених у них положень^[67]. Однак, незважаючи на наявні недоліки, Уложення являло собою значний крок уперед у прагненні законодавця до істотного обмеження суддівського розсуду за допомогою норм, що містили правила призначення міри покарання (розд. III "Про владу й обов'язки суду у визначенні покарання").

Уложення витримало багато редакцій (1857, 1866 і 1885 року), що було зумовлено низкою проведених у той час реформ: селянської, земської, міської та судової. Але й проведені зміни не дозволили законодавцеві до кінця подолати головні недоліки норм про правила призначення покарання: казуїстичність, багатослівність і розпливчастість їх формулювань. Згідно зі ст. ст. 96, 97 Уложення 1903 року покарання повинне було призначатися відповідно до закону (ст. 96) і тільки у випадку, коли злочин доведено судом, а вчинене поставлено підсудному у вину (ст. 97). Позитивним в цьому Уложенні було розміщення норм щодо пом'якшення та відміну покарання перед нормами про його посилення, що свідчило про певний крок до гуманізації.

Як справедливо зазначає О.В. Наумов, у нормах Загальної частини Уложення 1903 року

в цілому (у тому числі й у нормах, які визначали правила призначення покарання) було помітним намагання привести їх у відповідність до західноєвропейського рівня кримінального права того часу (наприклад, кримінального законодавства Франції та Німеччини)^[68].

У зв'язку з докорінними змінами в державному та суспільному устрої Російської держави на початку ХХ ст. відбулися зміни й у кримінальному законодавстві. Хоча, безумовно, дореволюційне кримінальне законодавство справило значний вплив на формування кримінального законодавства у радянський час, котре, як правильно зазначає В.П. Коняхін, сприйняло багатовіковий досвід, що був відзначений у нормативних приписах його "попередника"^[69], однак більшість нормативних актів дореволюційного кримінального законодавства було скасовано.

У перші роки встановлення радянської влади кримінальне законодавство було некодифікованим: діяли декрети, постанови, інструкції тощо, які не передбачали конкретних норм про покарання і його призначення. Як правило, у них містилася лише вимога "карати за всією суворістю закону". Міру "суворості" визначали самі суди й трибунали, керуючись революційною правосвідомістю^[70]. Через це рамки розсуду суду були фактично безмежними.

Першою спробою обмеження цих рамок стало прийняття і введення в дію (1919 року в Росії та 1920 року в Україні) Керівних начал кримінального права РСФСР, де в ст. 11 було здійснено спробу сформулювати загальні засади призначення покарання: визначаючи міру покарання, суд повинен був оцінювати ступінь і характер небезпечності для суспільства як самого злочинця, так і вчиненого ним діяння. У ст. 12 цих же Керівних начал давався орієнтовний перелік обтяжуючих і пом'якшуючих обставин, яга мали враховуватися судом при призначенні покарання.

Особливого значення в цей період законодавець надавав ідеї доцільності покарання, яка визначала процес його призначення: доцільним було покарання, призначене винному у вчиненні злочину, якщо воно відповідало інтересам "революції та побудови соціалістичного суспільства"^[71].

Незважаючи на ряд істотних недоліків, у Керівних началах було закріплено одне з найважливіших положень: покарання не ставить на меті відплату злочинцеві за вчинений злочин. Це положення не втрачає своєї актуальності: Кримінальний кодекс України 2001

року проголосив (ч. 2 ст. 50), що покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську

Керівні начала 1919 року були зразком для законодавчого формулювання в КК УРСР 1922 року норм про призначення покарання. У цьому Кодексі вперше на законодавчому рівні були передбачені спеціальні розділи про покарання і його призначення. Так, у розділах II "Загальні засади застосування покарання" (ст. 5-23) і III "Визначення міри покарання" (ст. 24–31) передбачалися, по суті, загальні правила призначення покарання: суди, призначаючи покарання, повинні буди враховувати ступінь і характер небезпечності як самого злочинця, так і вчиненого ним злочину (ст. 24). Покарання й інші заходи соціального захисту могли бути застосовані до осіб, які вчинили злочин, а також до осіб, які визначалися суспільно небезпечними через їхню діяльність, що свідчило про "серйозну загрозу громадському порядку" (ст. 7 КК УРСР 1922 року). Це положення суперечило не тільки принципам законності, гуманності, справедливості призначення покарання, але й регламентованому загальними засадами обов'язку суду враховувати ступінь і характер самого злочину. Незважаючи на ряд істотних недоліків, у ст. 24 КК УРСР 1922 року було зроблено спробу визначити основні правила оцінки судами ступеня й характеру небезпечності злочинця та вчиненого ним злочину. Зокрема, передбачалося, що "для встановлення цього вивчається обстановка вчиненого злочину, з'ясовується особа злочинця, оскільки можливо зрозуміти її на підставі її способу життя й минулого, а також устанавлюється, наскільки сам злочин у цих умовах часу й місця порушує основи суспільної безпеки"^[72]. У КК 1922 року в Загальній частині не використовувалися терміни "пом'якшуючі та обтяжуючі обставини", однак, як справедливо зазначає Л.Л. Кругліков, "було б помилковим робити висновок, що Загальній частині поняття посилюючих (пом'якшуючих) чи знижуючих (обтяжуючих) покарання обставин не було відомо"^[73]

. Загальний перелік обставин обох видів наводився в ст. 25 КК УРСР 1922 року.

У зв'язку з утворенням 30 грудня 1922 року Союзу Радянських Соціалістичних Республік, до складу якого увійшла й Україна, було розроблено і прийнято загальносоюзне кримінальне законодавство — Основні начала кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік, у ст. 4 яких термін "покарання" було замінено поняттям "заходи соціального захисту". А в ст. 30 Основних начал було закріплено, що, призначаючи покарання, суди повинні враховувати ступінь і характер небезпечності злочинця і вчиненого ним злочину, особу злочинця, мотиви злочину, а також наскільки сам злочин у цих умовах місця й часу є суспільно небезпечним. В ст. ст. 31, 32 Основних начал також визначалося коло обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання^[74].

Кримінальний кодекс УРСР 1927 року практично без змін передбачив заходи соціального захисту та правила їх призначення (ст. ст. 42, 43), сформульовані в ст. 30

Основних начал. Водночас у цьому законі визначалося коло обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. Поряд із цим, у ст. 7 КК УРСР 1927 року містилася вимога про те, що суд, призначаючи покарання, повинен був керуватися соціалістичною правосвідомістю і діяти на підставі окремих статей Загальної та Особливої частин цього Кодексу. Законодавче закріплення правила про необхідність керуватися при призначенні покарання положеннями Загальної та Особливої частини Кодексу було, безумовно, кроком уперед у порівнянні з попереднім законодавством. Про це свідчила вираженість законодавчої конструкції статті, яка передбачала загальні засади призначення покарання, де було закріплено всі важливі та необхідні положення для призначення справедливого, законного, гуманного й індивідуального покарання, без яких законодавче формулювання правил, що аналізуються, було б незавершеним, а призначене покарання — несправедливим і незаконним.

В Основах кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік від 25 грудня 1958 року в ст. 32 термін "заходи соціального захисту" було виключено. Законодавець обґрунтовано визначив назву цієї статті — "Загальні засади призначення покарання". У ст. 32 зазначалося, що суд призначає покарання в межах, установлених статтями закону, що передбачають відповідальність за вчинений злочин, у точній відповідності до положень цих Основ і Кримінальних кодексів союзних республік. При призначенні покарання суд, керуючись соціалістичною правосвідомістю, ураховує характер і ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину, особу винного й обставини справи, що пом'якшують та обтяжують відповідальність^[75]. Таким чином, законодавець уперше передбачив в окремій статті сукупність загальних правил призначення покарання, що мало велике значення для подальшого розвитку інституту призначення покарання.

У КК України 1960 року питанням призначення покарання було присвячено самостійний розділ V, який мав назву "Про призначення покарання і про звільнення від покарання". У ст. 39 формулювалися загальні засади призначення покарання за вчинений злочин, де зазначалося, що "суд призначає покарання в межах, встановлених статтею закону, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, у точній відповідності до положень Загальної частини цього Кодексу. При призначенні покарання суд, керуючись правосвідомістю, враховує характер і ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину, особу винного й обставини справи, що пом'якшують чи обтяжують відповідальність". У цьому розділі КК 1960 року також були визначені: обставини, що пом'якшують та обтяжують відповідальність; правила призначення покарання при вчиненні кількох злочинів і за кількома вироками; можливість призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, а також були регламентовані питання звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання.

З набуттям незалежності України й у зв'язку з вирішенням завдань створення правової

держави та побудови громадянського суспільства, умовою яких є ствердження законності у всіх сферах життя, виникла необхідність у прийнятті нового Кримінального кодексу.

КК України 2001 року, по-новому визначивши поняття та мету покарання, систему покарань та їх види, поставив перед наукою й практикою серйозні завдання їх дослідження. Ґрунтуючись на сучасному розумінні принципів, мети покарання, законодавець вніс ряд важливих змін і у формулювання загальних засад призначення покарання. Тому перед наукою постали питання аналізу законодавчих новел щодо самого поняття загальних засад, їх юридичної природи, співвідношення з принципами призначення покарання, їх видів. Між тим наукові дослідження цих питань свідчать, що немає єдності думок у розумінні самої суті загальних засад. Деякі вчені вважають, що загальні засади призначення покарання — це встановлені законом *критерії*^[76] або передбачені кримінальним законом

основні, відправні (вихідні) положення

[77]

, чи

відправні вимоги

[78]

.

Висловлювалася й така думка, що загальні засади — це *розпорядження*^[79] або система закріплених у КК і обов'язкових для суду

нормативних розпоряджень

[80]

.

Деякі автори одночасно визначають їх *і як критерії, і як вимоги, і як правила, і як засоби*, ототожнюючи ці поняття

[81]

.

Нарешті, існує думка, що загальні засади призначення покарання — це чітко визначені в кримінальному законі *загальні правила* призначення міри покарання^[82].

Якщо звернутися до семантичного значення термінів "критерій", "вимога", "положення",

"розпорядження", "правило", то стає очевидним, що вони не тотожні, а отже, не можуть виражати сутність одного й того ж поняття. Так, "критерії" тлумачаться як "мірило оцінки, судження"^[83], "правильна ознака для розпізнавання істини"^[84]; "вимога" — як "прохання, розпорядження в рішучій категоричній формі"

[85]

; "положення" — як "зведення правил, законів, які стосуються чого-небудь"

[86]

; "розпорядження" — як "письмове розпорядження, наказ", а також як "пропозиція дотримуватися чого-небудь"

[87]

; а "правила" — як "положення, настанови, принципи, якими керуються"

[88]

, "настанова, яку належить виконати"

[89]

. З такого тлумачення термінів випливає, що розуміння загальних засад як критеріїв, вимог, розпоряджень і положень, якими має керуватися суд, не суперечить поняттю загальних засад призначення покарання, однак не відбиває в повному обсязі всіх обов'язкових їхніх ознак, передусім керівне значення цих правил для діяльності суду

[90]

.

Аналізуючи ст. 65 КК України, неважко помітити, що законодавець, по суті, говорить про правила. Це підтверджується такими формулюваннями: суд призначає покарання "у межах, встановлених...", "відповідно до...", "враховуючи..." та інше. Тому видається більш обґрунтованим визначення **загальних засад призначення покарання** як *передбачену в кримінальному законі систему*

загальних правил

, що ґрунтуються на принципах призначення покарання і є обов'язковими для суду в кожному конкретному випадку призначення покарання винному у вчиненні злочину для досягнення мети покарання

.

Виходячи зі змісту ст. 65 КК України, необхідно визначити такі загальні правила призначення покарання:

1) у межах, установлених у санкції статті Особливої частини цього кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин;

- 2) відповідно до положень Загальної частини цього кодексу;
- 3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину;
- 4) враховуючи особу винного;
- 5) враховуючи обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Загальними ознаками цих правил є те, що:

- 1) їх перелік вичерпним чином визначений у КК України (ст. 65);
- 2) вони мають загальний характер;
- 3) вони є обов'язковими правилами;
- 4) вони є системою правил, які мають ураховуватися судом у їх сукупності;
- 5) у них реалізуються принципи призначення покарання^[91]: законність, справедливість, гуманізм, індивідуалізація покарання й економія заходів кримінально-правового примусу;
- 6) їх завданням є досягнення покаранням передбаченої законом мети.

Розглянемо ці ознаки докладніше.

1. Перелік загальних правил вичерпним чином визначений у кримінальному законі України (ст. 65 КК). Це означає, що суд, призначаючи покарання, кожного разу має виходити з положень ст. ст. 65–67 КК.

Вимога про закон як єдине джерело, що визначає загальні засади призначення покарання, має принципове значення: за змістом ст. 8 Конституції джерелом права в Україні є Конституція, яка має найвищу юридичну силу, а також закони та підзаконні акти. Частина 3 статті 3 КК України 2001 року визначає, що злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Системний аналіз, зокрема, статей 8, 9, 92, 93 Конституції та ст. 3 КК України дає підстави стверджувати, що судовий прецедент не є джерелом права в Україні. Це виключає визначення обов'язковим правилом урахування судового прецеденту, постанов Пленуму Верховного Суду і пленумів вищих спеціалізованих судів та інше.

2. Правила призначення покарання мають загальний характер. Це означає, що вони містять у собі такі загальні положення, які мають значення в *кожному* випадку призначення покарання винному.

Не можна погодитися з О.В. Шидловським, який, досліджуючи проблему загальних засад за КК Білорусі, стверджує, що їх необхідно розглядати не як "загальні", а як "основні" правила^[92]. Якщо виходити з розуміння сутності загальних засад призначення покарання, їх юридичної природи, то найбільш точно їх відображає назва "загальні", а не "основні". Як відомо, у філософському розумінні "основа (основне)" є частиною сутності, що, у свою чергу, не вичерпує всього змісту загального. Визначення ж загальних засад призначення покарання здійснюється за допомогою формулювання законодавцем на основі аналізу конкретних справ *найбільш повної сукупності певних правил*, які мають застосовуватися судом *у всіх випадках* призначення покарання. Виходячи саме з такої природи цих правил, слід визнати правильним їх найменування в законі як "загальних".

Правильність цього висновку підтверджується й тим, що, як буде доведено далі, у КК України 2001 року, поряд із загальними правилами, законодавець передбачає і спеціальні правила призначення покарання (ч. 3 ст. 43, ст. ст. 68, 70, 71, 103 КК України), які є додатковими до цих загальних засад призначення покарання.

3. Загальні засади є обов'язковими правилами: вони повинні обов'язково враховуватися судом у всіх випадках призначення конкретного покарання незалежно від обставин справи.

Це означає, що норма про загальні засади призначення покарання має універсальний характер: вона *обов'язкова для всіх випадків* призначення судом покарання, незалежно від характеру злочину, його конкретних об'єктивних і суб'єктивних ознак та особи винного тощо.

У зв'язку з цим у юридичній літературі вдало зазначено, що "загальні засади призначення покарання — це не декларація, а конкретні, загальнообов'язкові правила"^[93]

якими має керуватися суд кожного разу, призначаючи певний вид і розмір покарання винному у вчиненні злочину. Тому уявляється неточним визначення цих засад як таких, які

використовує

суд при індивідуалізації покарання

[94]

. Так само не можна погодитися з думкою О.С. Гореліка, який вважає, що загальні засади "містять

рекомендації

лише у загальному вигляді й не дають конкретних критеріїв, за допомогою яких можна точно визначити вид і розмір покарання, що підлягає призначенню в певному випадку"

[95]

. Безумовно, правила, передбачені в ч. 1 ст. 65 КК України, не містять вказівки про конкретний вид і розмір покарання, які суд повинен призначити конкретній особі, але вони передбачають правила діяльності суду в кожному випадку призначення конкретного покарання конкретній особі.

Ігнорування в судовій практиці загальнообов'язкового характеру цих правил, як свідчить аналіз змінених і скасованих через неправильне призначення покарання вироків, досить поширене. Так, за даними Верховного Суду України, у 2003 році тільки апеляційними судами скасовано вирок місцевих судів з пом'якшенням покарання щодо 81 засудженого (або 13,2 % від скасованих), а у зв'язку з необхідністю застосування більш суворого покарання цими судами скасовано вирок щодо 485 осіб, або 79,1 % від усіх постановлених вироків. Із пом'якшенням міри покарання в апеляційному порядку змінено вирок щодо 3,1 тис осіб, або 68,4 % від змінених^[96].

Обґрунтуванням скасування та зміни вироків (без зміни кваліфікації), як правило, було те, що суди, на порушення ст. 65 КК, не врахували з достатньою повнотою конкретні обставини вчиненого злочину й дані про особу винного. Так, при визначенні ступеня тяжкості вчиненого злочину суди не завжди виходили з усіх обставин його вчинення: ступеня здійснення злочинного наміру, тяжкості наслідків, які настали, тощо; суди не брали до уваги роль винного у вчиненні злочину, його ставлення до цього злочину, поведінку в суспільстві, на виробництві, стан його здоров'я, сімейний стан, вік, а також поведінку потерпілих від злочину та інше.

Загальнообов'язковий характер цих правил підтверджується й тим, що ст. 69 КК передбачає виняток із цих правил — призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, виходячи з яких суд може лише в певних випадках, за певних обставин вийти за межі санкції, яка встановлює покарання за вчинений злочин. Саме винятковий характер правил, зазначених у ст. 69 КК, свідчить про те, що загальні засади призначення покарання, передбачені в ст. 65 КК, є загальнообов'язковими.

4. □ Загальні засади призначення покарання є системою правил, які мають ураховуватися судом у й: обов'язковій сукупності. Саме сукупність цих правил забезпечує можливість досягнення мети покарання. Ігнорування або недостатнє з'ясування ступеня впливу кожного з них на міру покарання виключає призначення законного, справедливого, індивідуального, гуманного покарання. Учені, які досліджували цю проблему, неодмінно підкреслювали названу ознаку загальних засад [97]

. Так, М.А. Скрябін зазначав, що цілісність і єдність сформульованих законодавцем правил призначення покарання зумовлені їх структурною впорядкованістю, функціональною залежністю та взаємодією [98]

. Дійсно, загальні засади — це не просто сума окремих правил, а певна їх система, кожен елемент якої взаємопов'язаний і взаємодіє з іншими: жодне правило не може враховуватися лише само по собі, ізольовано, у відриві від інших [99]

. Тому безсумнівним досягненням КК України 2001 року є те, що кожне з загальних правил виділене в ст. 65 цього кодексу в окремому пункті й розташовано в послідовності, необхідній для вибору справедливої, законної та гуманної міри покарання винному. Однак не можна не сказати, що більш досконалою була б редакція ч. 1 ст. 65 КК України, якщо б у ній було визначено: "Суд призначає покарання з урахуванням сукупності таких обов'язкових правил..." (і далі за текстом).

5. Реалізація в загальних засадах принципів призначення покарання. Як було визначено раніше, такими принципами є: законність, справедливість, гуманність, індивідуалізація покарання, економія заходів кримінально-правового примусу. Можна з упевненістю стверджувати, що реалізація зазначених принципів на практиці є одним із найважливіших завдань, оскільки тільки в такому випадку призначене покарання може досягти мети його призначення.

Але проблема співвідношення принципів і загальних засад призначення покарання була і є однією з дискусійних у науці кримінального права. Так, у юридичній літературі інколи ототожнюються ці два поняття^[100]. Уперше цю позицію висловив Г.А. Кригер^[101]. Її підтримав С.В. Бородін^[102]

і деякі інші вчені^[103]

. Обґрунтовуючи цю позицію, Г.А. Кригер писала, що принципи призначення покарання втілюються в загальних засадах призначення покарання, які сформульовано в законодавстві, а виокремлення питання про принципи призведе до зайвого повторення тих самих положень^[104]

. Деякі автори, погоджуючись із цією думкою, пропонують загальні засади призначення покарання вважати тими загальними принципами призначення покарання, у яких законодавчо закріплено критерії такого призначення^[105]

Існує ще й така точка зору, згідно з якою принципи призначення покарання і загальні засади призначення покарання є самостійними, хоча й тісно пов'язаними інститутами^[106]. Прихильники цієї позиції вважають, що принципи слід досліджувати поряд^[107]

або у зв'язку^[108]

із загальними засадами призначення покарання. Так, на думку Л.А. Прохорова, В.Д. Махінчука та М.А. Скрябіна співвідношення принципів і загальних засад призначення покарання слід розглядати у світлі філософських категорій загального й окремого, де як "окреме" виступають відповідні вимоги статті, що передбачає загальні засади призначення покарання, а як "загальне" — принципи призначення покарання^[109]

. При цьому М.А. Скрябін зазначає, що "загальні засади призначення покарання не тільки закріплюють принципіві положення, але й реалізують їх у цілому, ставлять за обов'язок суду їх урахувати"^[110]

Найбільш аргументованою є позиція М.І. Бажанова, який, досліджуючи співвідношення принципів призначення покарання і загальних засад, вважав їх самостійними категоріями кримінального права, які перебувають у певному співвідношенні між собою і потребують самостійного розгляду, а тому "ототожнювати принципи та загальні засади призначення покарання, підміняючи одне поняття (принципи) іншим (загальні засади), неприпустимо"^[11]

На нашу думку, незважаючи на тісний взаємозв'язок і залежність, що простежуються, принципи й загальні засади призначення покарання — це самостійні інститути, які характеризуються різним змістом та сукупністю різних ознак. Ототожнення принципів і загальних засад призначення покарання уявляється необґрунтованим оскільки:

1) загальні засади призначення покарання чітко визначені в ст. 65 КК України. Принципи призначення покарання не передбачені в законі, але знаходять вираз у багатьох нормах кримінального законодавства, що розкривають сутність інституту призначення покарання, у тому числі й у загальних засадах призначення покарання. Саме тому регулятивні властивості принципів призначення покарання, як і інших правових принципів, не можна ототожнювати з цими властивостями загальних засад призначення покарання, оскільки в принципах вони більш абстрактні й не мають законодавчої бази. Однак принципи призначення покарання, як і будь-які інші правові принципи, існують і діють незалежно від того, чи зафіксовані вони в законодавстві, оскільки вони несуть в собі об'єктивне начало;

2) принципи, які досліджуються, є тими *вихідними положеннями*, що використовуються для формування правил призначення покарання. Це відповідним чином відбивається й на загальних засадах призначення покарання, оскільки принципи призначення покарання є їх методологічною основою, критерієм формування їх змісту.

Кожна з загальних засад призначення покарання має своїм джерелом окремий принцип чи їх сукупність. Наприклад, наявність першої та другої з передбачених у ч. 1 ст. 65 КК загальних засад зумовлена основною, вихідною ідеєю законності призначення покарання та економії заходів кримінально-правового примусу, а виділення зазначених у п. 3 ч. 1 ст. 65 КК правил призначення покарання — урахування ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, — викликане необхідністю реалізації принципів індивідуалізації, гуманності та

справедливості покарання;

3) принципи призначення покарання є саме тими вихідними ідеями, які надають цілісності (логічності, послідовності, збалансованості) інституту призначення покарання. Повне та всебічне з'ясування сутності принципів призначення покарання забезпечує правильне застосування його норм до конкретних ситуацій, а тим самим сприяє захисту прав та інтересів громадян. Так, саме з принципів справедливості й індивідуалізації покарання впливає право особи, винної у вчиненні злочину, вимагати, щоб обсяг державного примусу, що до неї застосовується, відповідав ступеню тяжкості вчиненого злочину, небезпечності самої особи й обставинам, які пом'якшують чи обтяжують покарання^[112].

Таким чином, можна зробити висновок, що *принципи призначення покарання й загальні засади призначення покарання є самостійними, але взаємопов'язаними категоріями*. Це положення підкреслено Верховним Судом України, який у п. 1 Постанови Пленуму № 7 від 24 жовтня 2003 року "Про практику призначення судами кримінального покарання" зазначив, що судді "мають суворо додержувати вимог ст. 65 КК стосовно загальних засад призначення покарання, оскільки саме через останні реалізуються принципи законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання"^[113]

. Таким чином, Пленум Верховного Суду України визнає загальні засади й принципи призначення покарання самостійними, але нерозривно пов'язаними кримінально-правовими інститутами: неухильне дотримання загальних засад призначення покарання є неодмінною умовою реалізації закладених у них принципів призначення покарання, і тільки в такій сукупності вони забезпечують досягнення мети покарання.

Виходячи з особливого значення цих принципів при призначенні покарання, треба визначити їх у ст. 65 КК України поряд із загальними засадами призначення покарання. Саме тому видається обґрунтованим доповнити ст. 65 КК України частиною 5 такого змісту: "*Застосовуючи ст. 65 КК, суди повинні враховувати, що загальні засади призначення покарання забезпечують реалізацію принципів законності, справедливості, гуманності, економії заходів примусу та індивідуалізації покарання*".

6. Загальні правила спрямовані на досягнення передбаченої законом мети покарання.

Сутність загальних засад призначення покарання не може бути визначена поза встановленням мети покарання, оскільки саме мета покарання спрямовує всю діяльність суду щодо призначення конкретного покарання. Іншими словами, сутність і ефективність загальних засад призначення покарання зумовлюється тією метою, на досягнення якої розраховано покарання.

КК України 2001 року чітко визначив мету покарання, передбачивши в ч. 2 ст. 50, що "покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами", а в ч. 3 ст. 50 — що "покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність". Це було значним кроком законодавця у вирішенні проблеми мети покарання, а тим самим у визначенні того кінцевого результату, який повинен бути досягнутий завдяки виконанню загальних правил призначення покарання. Саме це й покладено в основу ч. 2 ст. 65 КК України, де передбачено, що "особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів".

Закріплюючи це положення, законодавець підкреслює необхідність при винесенні вироку враховувати судом не тільки ступінь тяжкості злочину, особу злочинця, обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання, але й мету покарання, сформульовану в ч. 2 ст. 50 КК України, для того щоб призначене покарання було максимально спрямоване на її реалізацію. У зв'язку з цим справедливо зазначається в літературі, що "практична реалізація цього положення дозволить кардинально змінити дух кримінального переслідування і спрямувати його не на придушення та знищення злочинця, а на його виправлення та профілактику злочинності"^[114].

Досліджуючи загальні засади призначення покарання, слід звернути увагу на те, що при аналізі КК РФ російськими вченими їх сукупність визначалась і визначається різним способом. Так, Г.В. Татарніков писав про недоцільність виділення як загальної засади правила призначення покарання в межах, установлених у санкції статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Обґрунтовувалося це тим, що, з одного боку, будь-яка санкція будується відповідно до характеру суспільної небезпечності злочину, а "конкретна міра покарання, яка призначається у межах санкції, у кінцевому підсумку залежить від ступеня суспільної небезпечності конкретного злочину, пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин, даних про особу винного"; з іншого боку — "дотримання меж санкції забезпечує таке загальне правило, як урахування характеру суспільної небезпечності злочину"^[115]. В.М. Степашин вважав необхідним включити до змісту загальних засад призначення покарання правило врахування "змісту покарання, яке призначається"^[116]. На думку Т.В. Непомнящої,

до загальних засад призначення покарання слід відносити поширеність злочинів^[117]

Є.В. Благов, аналізуючи ст. 60 КК РФ, загальні засади призначення покарання зводить до таких: а) у межах, установлених відповідною статтею Особливої частини Кримінального кодексу й Загальною частиною Кримінального кодексу; б) у точній відповідності до характеру покарання, визначеного в статті Особливої частини Кримінального кодексу; в) більш суворий вид покарання з числа встановлених статтею Особливої частини Кримінального кодексу призначається тільки у випадках, якщо менш суворий вид покарання не може забезпечити досягнення мети покарання; г) з урахуванням ступеня суспільної небезпечності вчиненого злочину й особи винного, у тому числі пом'якшуючих і обтяжуючих обставин^[118].

Аналізуючи наведені позиції, по-перше, слід зазначити, що згідно з ч. 1 ст. 65 КК до загальних засад призначення покарання законодавець відносить такі правила призначення покарання: 1) у межах, установлених у санкції статті Особливої частини цього кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин; 2) відповідно до положень Загальної частини цього кодексу; 3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину; 4) враховуючи особу винного; 5) враховуючи обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

По-друге, уявляється цілком обґрунтованим виділення кожної з загальних засад призначення покарання в п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, оскільки, як справедливо зазначає В.В. Мальцев, таке рішення зумовлене не тільки великим значенням для призначення покарання кожного з визначених правил, об'ємністю їх змісту і складністю встановлення, але й різницею принципів, які реалізуються через них^[119].

По-третє, уявляється необґрунтованою позиція Г.В. Татарнікова про виключення з загальних засад правила щодо призначення покарання в межах, установлених у санкції статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Очевидно, що обов'язковість дотримання цієї загальної засади при призначенні покарання судом зумовлена необхідністю реалізації принципу законності. Санкція статті встановлює найбільш типове покарання, яке законодавець визначає залежно від характеру й типового ступеня тяжкості певного виду злочинів. Саме тому суд, індивідуалізуючи покарання винному, має перш за все виходити з меж санкції певної статті, що передбачає відповідальність за вчинення окремого виду злочину.

Видається зайвою пропозиція В.М. Степашина про включення до змісту загальних засад призначення покарання необхідності врахування змісту й характеру покарання (є воно основним чи додатковим, а якщо покарання є додатковим, то передбачено воно як обов'язкове чи факультативне), оскільки в ч. 2 ст. 65 КК визначено, що "особі, яка вчинила злочин, має бути призначено покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів".

Недоцільною є також пропозиція Т.В. Непомнящої про врахування судом при призначенні покарання "поширеності злочинів". Як справедливо пише Є.В. Благов: "Людину не можна карати, беручи до уваги те, чого вона не вчиняла. Інше суперечить як принципам вини та справедливості, так і підставам кримінальної відповідальності, які законодавець пов'язує лише з діянням цієї особи"^[120].

Разом із цим, уявляється необґрунтованою точка зору Є.В. Благова який вважає, що передбачені в пп. 1, 2 ч. 1 ст. 65 КК є однією (єдиною) загальною засадою призначення покарання, оскільки в ч. 1 ст. 65 КК ці засади передбачено самостійними пунктами, що дає змогу говорити про їх відносну самостійність, тому що саме таке визначення загальних засад призначення покарання в чинному КК України зумовлене їх самостійним, індивідуальним змістом і значенням у кримінальному праві.

Досліджуючи загальні засади призначення покарання, треба зазначити, що загальні засади призначення покарання передбачено в ч. 1 ст. 65 КК України, а в частинах 2, 3, 4 цієї статті законодавець їх лише розкриває, не встановлюючи інших загальних засад призначення покарання. Так, у ч. 2 ст. 65 КК законодавець визначає мету призначення покарання, а в чч. 3, 4 ст. 65 КК вказує на певні статті, де спеціально регламентуються можливості відступу від загального правила призначення покарання, передбаченого в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК. При цьому слід звернути увагу на те, що, визначаючи мету призначення покарання в ч. 2 ст. 65 КК, законодавець не передбачає мети кари, що суперечить положенням ч. 2 ст. 50 КК, де визначено, що "покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами". Саме тому згідно з ч. 2 ст. 50 КК видається необхідним змінити зміст ч. 2 ст. 65 КК і викласти її в такій редакції: "*особі, яка вчинила злочин, має бути призначено покарання, необхідне й достатнє для досягнення його мети*".

Отже, до загальних засад призначення покарання слід відносити тільки ті правила, які передбачено ч. 1 ст. 65 КК.

Призначення покарання в межах, установлених у санкції статті Особливої частини Кримінального кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин

Вимога закону призначати покарання в межах, установлених у санкції статті Особливої частини КК України, своєю метою має дотримання судами принципу законності при призначенні винному конкретного покарання.

Однак у науці кримінального права це правило тлумачиться неоднозначно. Найбільш визнаною є позиція вчених, які вважають, що ці межі визначаються санкцією статті Особливої частини, у зв'язку з чим обов'язком суду є призначення в усіх випадках покарання в межах, "чітко визначених в статті Особливої частини"^[121]. При цьому прихильники наведеної точки зору стверджують, що призначення судом додаткового покарання, не передбаченого в санкції статті, не можна розглядати як вихід за її межі ^[122]

, що суд "зв'язаний рамками вищої та нижчої меж санкції статті, за якою кваліфіковано злочин" ^[123]

, і вийти можна тільки за нижню межу санкції на підставах, передбачених статтею про призначення більш м'якого покарання ^[124]

.

Але останніми роками щодо визначення цієї загальної засади призначення покарання Л.Л. Кругліков, А.В. Васильєвський, А.В. Іщенко та інші вчені висловлюють точку зору про необхідність внесення певних коректив до її змісту, оскільки межі покарання визначаються не санкцією тієї чи іншої статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинення злочину, а санкцією кримінально-правової норми. Аргументувалося це тим, що практично жодна санкція статті не може дати суду всеосяжного й точного уявлення про коло засобів впливу й межі призначення покарання,

про строки й розміри покарання, які суд зобов'язаний застосувати до особи, яка вчинила злочин. Повне ж уявлення про надані суду можливості, про законодавчі межі призначення покарання може дати лише санкція кримінально-правової норми, серцевиною якої є санкція статті Особливої частини КК. Водночас низка елементів, що можуть серйозно коректувати приписи останньої або конкретизувати їх, наводяться в Загальній частині кримінального законодавства^[125].

Аналізуючи кримінальне законодавство різних країн, можна побачити, що законодавець по-різному формулює це правило призначення покарання. Так, у КК РФ у ст. 60 визначено, що "особі, винній у вчиненні злочину, призначається покарання в межах, передбачених відповідною статтею Особливої частини чинного Кодексу, і з урахуванням положень Загальної частини чинного Кодексу"^[126]. Подібним чином сформульовано це правило в КК Республіки Білорусь (ст. 62), КК Грузії (ст. 36)

[127]

, КК Киргизької Республіки (ст. 53)

[128]

, КК Латвійської Республіки (ст. 46)

[129]

, КК Литовської Республіки (ст. 54 КК)

[130]

КК Естонської Республіки вказує на врахування тільки меж, установлених статтею Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, не визначаючи при цьому необхідності керуватися положеннями Загальної частини КК^[131].

У КК Польщі (ст. 53 § 1) та КК Франції (ст. ст. 132-24) це правило формулюється більш широко: "у межах, передбачених законом"^[132].

Стаття 65 КК України передбачає: "Суд, призначає покарання у межах, установлених в санкції статті Особливої частини цього КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин".

Досліджуючи ст. 65 КК України, треба погодитися, що санкція статті Особливої частини КК не може дати вичерпного уявлення про межі покарання, яке може бути призначене судом, оскільки:

- 1) у багатьох санкціях не вказується мінімум покарання;
- 2) не враховується можливість призначення додаткових покарань, не передбачених у санкціях;
- 3) у санкції не передбачається можливість звільнення від кримінальної відповідальності й покарання;
- 4) у санкції не передбачаються обмеження щодо застосування окремих видів покарання: довічного позбавлення волі, арешту, виправних робіт тощо.

У всіх цих випадках межі, у яких суд може призначити покарання, визначаються за допомогою норм Загальної частини, де передбачено види й строки покарань та інше.

Саме тому видається неточною позиція Л.Л. Круглікова, А.В. Васильєвського, А.В. Іщенка. Є недоцільним внесення змін у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України, оскільки виходячи з розуміння загальних засад призначення покарання як сукупності загальнообов'язкових правил суд, призначаючи покарання, повинен згідно з п. 2 ч. 1 ст. 65 КК урахувати положення Загальної частини КК. Тому також не є порушенням правила, визначеного в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК, вихід суду в передбачених у ст. 69–71 КК випадках за мінімальні чи максимальні межі санкції.

Формулюючи правило, передбачене в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК, законодавець визначає найбільш відповідну типовій тяжкості злочину та особі винного міру (вид і розмір) покарання.

Санкція певної статті Особливої частини КК має велике значення як для призначення покарання, так і для інших форм реалізації кримінальної відповідальності, оскільки саме в санкції статті законодавець виражає "оцінку типових характеристик небезпечності вчиненого й особи винного"^[133], визначаючи найбільш типове покарання за вчинення

певного виду злочину, передбаченого диспозицією цієї статті. Формуючи санкцію статті, законодавець виходить з оцінки узагальнених, найбільш типових, закономірних характеристик об'єктивних і суб'єктивних ознак певних діянь. Саме тому суд, призначаючи покарання, має перш за все виходити з меж санкції, ураховуючи ступінь тяжкості конкретного злочину, тобто форму вини, якщо злочин може бути вчинений як умисно, так і з необережності; зі стадій вчинення злочину, наявності співучасті, множинності (сукупності, повторності чи рецидиву) та інше. Отже, роль санкції багатогранна, однак межі санкції певної статті Особливої частини, яка передбачає відповідальність за вчинений злочин, і межі призначення покарання не є тотожними, оскільки санкція статті Особливої частини КК на відміну від санкції кримінально-правової норми визначає не всі види й розміри покарання, які можуть призначатися за вчинення певного злочину [134].

Беручи до уваги викладене, під законодавчо встановленими межами призначення покарання, треба розуміти законодавчо встановлені санкцією статті Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, і статтями Загальної частини КК, вид або види покарання та їх мінімальні й максимальні межі.

Вимога про призначення покарання в межах санкції статті, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, нерозривно пов'язана із загальною проблемою системи й видів покарання в КК України, оскільки, по суті, саме зміст, принципи й порядок побудови системи покарань визначають законодавчу основу, принципи й порядок призначення судом конкретного виду й розміру покарання в межах санкції. Проаналізувавши ст. ст. 51–52 та інші статті чинного Кримінального кодексу, можна визначити ті принципи, яким підпорядкований порядок розташування покарань у їх системі, а саме: 1) усі види покарань розміщені в певному порядку залежно від їх суворості. При цьому важливо підкреслити, що законодавець використовує принцип побудови системи покарань "від менш суворого до більш суворого"; 2) види покарань передбачено вичерпним чином: система включає всі без винятку види покарань; 3) усі види покарань у системі класифіковано на три групи: основні, додаткові й ті, що можуть бути і основними, і додатковими. Додаткові покарання, у свою чергу, поділяються на обов'язкові й факультативні; 4) кожне покарання в системі має свої специфічні ознаки й межі, суворо визначені законом. Саме реалізація цих принципів при призначенні покарання дає змогу говорити про його справедливість та обґрунтованість.

Досліджуючи питання про межі призначення покарання, необхідно розглянути види й зміст санкцій, установлених у чинному кримінальному законодавстві.

У теорії кримінального права по-різному визначається система й види санкцій. Наприклад, деякі вчені класифікують санкції на абсолютно-визначені, відносно-визначені, альтернативні та відсильні^[135]. При цьому С.І. Дементьев виділяє серед відносно-визначених санкцій ще й такі види, як санкції з вузькими й широкими межами покарання. Він також вважає, що альтернативні санкції — це сукупність основних і додаткових відносно-визначених санкцій

[136]

. Л.Л. Кругліков узагалі виділяє шістнадцять "теоретично мислимих конструкцій" санкцій

[137]

.

Найбільш визнаним і таким, що відповідає чинному КК України, слід вважати виділення відносно-визначених, альтернативних санкцій та їх різновидів: кумулятивних і змішаних. Відносно-визначеною є санкція, яка передбачає один вид покарання і вказує його нижчу та вищу межі. При цьому в КК України 2001 року містяться такі види відносно-визначених санкцій: 1) з нижчою і вищою межами покарання (на строк "від" і "до"); 2) тільки з вищою межею покарання (на строк "до"). У цьому випадку нижчою межею є мінімальний розмір покарання, установлений в статті Загальної частини КК, яка передбачає даний вид покарання. Кумулятивними є такі відносно-визначені санкції, у яких поряд з основним покаранням міститься вказівка на одне або декілька додаткових покарань певного виду, які можуть бути призначені судом до основного (наприклад санкція ч. 3 ст. 149 КК). Альтернативна санкція містить указівку на два або декілька основних видів покарання, з яких суд обирає одне (наприклад санкція статті 116 КК України). При цьому альтернативна санкція визнається змішаною, якщо містить указівку на можливість застосування поряд з одним з основних покарань додаткового (наприклад санкція ч. 1 ст. 144 КК).

У статтях КК України 2001 року відсутні абсолютно-визначені санкції. Питома вага відносно-визначених санкцій у чинному кримінальному законодавстві складає 32,5 %, альтернативних — 38,4 %, кумулятивних — 14,7 %, змішаних — 14,4 %. При цьому в КК України 2001 року налічується 15 видів альтернативних санкцій, що передбачають два види покарань; 21 санкція — 3 види покарань; 13 санкцій — 4 види покарань^[138].

Порівняння санкцій статей КК України 1960 року й КК України 2001 року дає змогу констатувати деяке розширення можливостей суду щодо індивідуалізації покарання в чинному КК, оскільки в ньому превалюють альтернативні санкції, а також передбачається значна кількість альтернативних і змішаних санкцій, що містять три, чотири види покарання. Водночас у КК України 2001 року при побудові санкцій законодавець частіше, ніж у КК 1960 р., використовує такі види покарань, як штраф, громадські й виправні роботи, однак покарання у вигляді позбавлення волі як різновид

покарань, що передбачені у відносно-визначених санкціях, як і раніше, залишається безперечним "лідером" і визначається у 232 санкціях. Тим же часом, незважаючи на значний відсоток призначення особам, винним у вчиненні злочину, покарання у вигляді позбавлення волі (2003 рік — 60 983 засудженим, або 30,3 % з числа всіх засуджених), суди частіше стали застосовувати до засуджених покарання, альтернативні позбавленню волі. Так, у 2003 році громадські роботи як вид покарання були призначені 2761 засудженому, або 1,4 % (у 2002 році — 1794 засудженим, або 0,9 %, у 2001 році — 0,07 %); обмеження волі у 2003 році — 3514 засудженим, або 1,7 % (у 2002 році — 3121 засудженому, або 1,6 %, у 2001 році — 0,3 %); арешт у 2003 році — 1995 засудженим, або 1 % (у 2002 році — 1674 засудженим, або 0,9 %, у 2001 році — 0,2 %)^[139].

Виходячи з розуміння особливостей конструювання санкцій чинного кримінального законодавства, можна конкретизувати порядок призначення покарання залежно від виду санкції та передбаченого в ній покарання таким чином:

1) якщо санкція є відносно-визначеною, то суд зобов'язаний призначити лише той вид основного покарання, який безпосередньо в цій статті визначений (за винятком тих випадків, що передбачені в ст. 69 КК України);

2) якщо санкція альтернативна, суд має право обрати як основне лише один вид покарання з числа передбачених у цій санкції видів покарань.

Стосовно призначення додаткових покарань у кримінальному законодавстві визначено особливий порядок:

1) якщо у відносно-визначеній санкції поряд з основним покаранням міститься одне або декілька додаткових покарань певного виду, то суд повинен вирішити питання про доцільність призначення винному додаткового покарання, передбаченого в санкції цієї статті;

2) обираючи додаткове покарання винному, суд має враховувати, що останнє може бути як обов'язковим, так і факультативним. У зв'язку із чим суд повинен точно встановити вид додаткового покарання;

3) якщо додаткове покарання є обов'язковим, то суд за загальним правилом повинен його призначити винному (за винятком тих випадків, що передбачені в ст. 69 КК України);

4) доцільність призначення факультативного додаткового покарання вирішується судом з урахуванням обставин конкретної справи, даних про особу винного з обов'язковим обґрунтуванням у вирокі;

5) якщо в санкції передбачено декілька видів обов'язкових додаткових і (або) факультативних додаткових покарань, то суд, призначаючи покарання за один злочин, може до основного покарання приєднати одне чи кілька додаткових покарань у випадках та порядку, передбачених чинним КК України;

6) суд має враховувати, що деякі види додаткових покарань можуть призначатися також і в тих випадках, коли вони в санкціях не передбачені (ст. 54, 55 КК України). І тоді їх межами виступають межі, установлені в статтях Загальної частини КК для даного виду покарання.

Досліджуючи види та зміст санкцій, установленому чинному кримінальному законодавстві, треба розглянути питання про їх обґрунтованість і досконалість, оскільки останні виступають передумовою призначення справедливого й обґрунтованого покарання винному.

Безумовно, проблема ефективності санкцій — це "проблема велика й складна, яка вимагає серйозних зусиль криміналістів, проблема, багато в чому зовсім не досліджена"^[140]

У теорії кримінального права щодо питання конструювання санкцій і їх критеріїв учені висловлювали різні думки. Так, на погляд М.І. Ковальова, санкції повинні відповідати ступеню небезпечності діяння з точки зору кримінальної політики, моралі, правосвідомості, бути внутрішньо узгодженими між собою
[141]

. На його думку, межі санкції залежать від широти диспозиції кримінально-правової норми. Цієї ж позиції дотримувався і П.П. Осипов
[142]

. М. Кондрашов писав, що законодавче конструювання меж санкцій обумовлено

об'єктивними процесами, об'єктивними обставинами: змінами в соціальній і політичній обстановці, набутим досвідом боротьби зі злочинністю, даними судової практики, результатами наукових досліджень

[143]

. А.М. Ігнатов стверджував, що оптимальні розміри санкцій визначаються на основі ступеня суспільної небезпечності й поширеності діяння, об'єктивних і суб'єктивних ознак злочину, ступеня суспільної небезпечності особи злочинця, рівня суспільної правосвідомості

[144]

. А.П. Козлов і В.І. Зубкова головним критерієм конструювання санкцій визначають важливість і цінність суспільних відносин, поставлених під охорону кримінального закону, які виступають об'єктом злочину

[145]

. На думку О.Г. Фролової, "в основу побудови кримінально-правових санкції повинно бути покладено дотримання принципів законності, рівності громадян перед законом, справедливості, демократизму, гуманізму, диференціації відповідальності та індивідуалізації покарання"

[146]

.

Не применшуючи значення наведених критеріїв, слід сказати, що побудова санкцій залежить від безлічі чинників, серед яких перш за все, на нашу думку, необхідно відзначити такі.

По-перше, конструювання санкції зумовлено змістом диспозиції кримінально-правової норми, оскільки санкція, будучи тісно пов'язаною з диспозицією, повинна точно відтворювати всі її особливості й повністю їй відповідати, тобто об'єктивно відобразити ступінь тяжкості вчиненого й особливості суб'єкта злочину. Адже саме в характері й розмірі покарання, передбаченого в санкції, знаходить вираз ступінь небезпечності діяння, його тяжкість^[147]. Тому склад злочину, визначений у диспозиції кожної конкретної статті Особливої частини КК України, виступає підставою визначення меж санкції

[148]

, виражаючи при цьому типовий ступінь тяжкості злочину. А санкція, у свою чергу, "за своєю суттю являє законодавчу оцінку небезпечності діяння, що передбачене в конкретній нормі"

[149]

. Саме через це в санкції статті повинні знайти відбиття всі особливості конструювання ознак складу злочину: ступінь формалізації ознак, наявність оцінних категорій, привілейованих або кваліфікуючих ознак. У зв'язку з цим справедливо зазначають М.І. Ковальов і А.П. Козлов, що чим вища формалізованість диспозиції, тим меншим має бути розрив між мінімумом і максимумом санкції. А чим більша диференціація ознак у диспозиції, на їх думку, тим ширшими повинні бути межі санкції

[150]

По-друге, при визначенні меж санкції кваліфікованих чи привілейованих складів злочинів законодавець має виходити з передбачених у КК меж санкцій основних складів злочинів^[151]

. Водночас при формуванні меж санкції статті, яка передбачає склад злочину з кваліфікуючими або привілейованими ознаками, повинна знайти відображення істотна зміна ступеня тяжкості злочину (його підвищення або зменшення).

По-третє, визначення законодавчих меж санкції зумовлюється не тільки типовим ступенем тяжкості злочину, але й суворістю регламентованих у КК видів покарань (характером і обсягом карального впливу) та їх різних комбінацій.

Щодо побудови санкцій за злочини з кваліфікованими та привілейованими складами в теорії кримінального права вчені висловлювали різні пропозиції. Наприклад, МЛ. Панов визнає за необхідне конструювати санкцію за кваліфікований злочин (R) за принципом лінійного рівняння: $R = S(1) + S(2)$, де $S(1)$ — покарання за основний злочин, а $S(2)$ — покарання, установлене за кваліфікуючу ознаку, зокрема, у таких випадках, коли воно складає окремий злочин^[152].

Т.А. Леснієвські-Костарева більш широко тлумачить правила конструювання санкцій кваліфікуючих і (або) привілейованих складів злочину. Вона вважає, що слід дотримуватися таких правил: 1) кваліфікуюча ознака покликана впливати на типове покарання приблизно однаковою мірою щодо всіх видів злочинів; 2) кваліфікуючі ознаки, які відображають істотно різний рівень суспільної небезпечності, повинні по-різному впливати на типове покарання; 3) кваліфікуючі ознаки повинні, як правило, змінювати і верхню, і нижню межу типового покарання; 4) при конструюванні санкції за кваліфіковані види злочинів необхідно звертати увагу на співвідношення їх з межами санкції основного складу, і особливо на формулювання змісту і меж санкцій за кваліфіковані види злочинів^[153]

Оцінюючи ці правила, можна зробити висновок, що встановлення єдиного ступеня впливу на покарання окремих кваліфікуючих ознак є неможливим. По-перше, як зазначає сама ж Т.А. Леснієвські-Костарева, не в усіх випадках можна посилити покарання однаковою

мірою, хоча б тому, що максимальний розмір різних видів покарання обмежений^[154]. По-друге, важко також установити ступінь впливу окремої кваліфікуючої ознаки на тяжкість злочину, якщо в санкції статті Особливої частини передбачено декілька кваліфікуючих ознак. У зв'язку з цим уявляється, що законодавець у багатьох випадках не може виконати правило про те, що кваліфікуюча ознака покликана впливати на типове покарання приблизно однаковою мірою щодо всіх видів конкретних злочинів.

Щодо інших правил побудови санкцій з кваліфікуючими ознаками, запропонованих Т.А. Леснієвські-Костаревою, то слід погодитися з їх правомірністю й обґрунтованістю. Саме тому уявляється, що при конструюванні санкцій кваліфікуючих і (або) привілейованих складів злочину, законодавець має дотримуватися таких правил: 1) кваліфікуючі ознаки, що відображають істотно різний рівень суспільної небезпечності, повинні по-різному впливати на типове покарання; 2) кваліфікуючі ознаки повинні, як правило, змінювати і верхню, і нижню межу типового покарання; 3) при конструюванні санкції за кваліфіковані види злочинів необхідно звертати увагу на співвідношення їх із межами санкції основного складу, і особливо на формулювання змісту і меж кваліфікуючої ознаки.

Аналізуючи питання про зміст санкцій у чинному КК України та їх відповідність принципам призначення покарання, слід звернутися до практики його призначення.

Оцінка санкцій статей Особливої частини в єдиному комплексі дозволяє виявити ряд прогалин, диспропорцій і деструктивних положень для індивідуалізації покарання. Серед недоліків, властивих санкціям статей, слід виділити такі:

1. У деяких випадках законодавець по-різному формулює певний вид покарання в різних статтях і навіть різних частинах однієї статті, що призводить до плутанини. Зокрема, це стосується покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Досліджуючи це питання, В.М. Бурдін виявив, що в п'яти статтях Загальної частини та в санкціях двадцяти трьох статей Особливої частини КК України це покарання має назву "позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю". Прикладом цьому є п. 3 ст. 51, ст. 55, ч. 3 ст. 72, ст. 77, ч. 2 ст. 98, ч. 1 ст. 131, чч. 1, 2 ст. 150, ч. 3 ст. 176 та інші статті КК. В одній статті Загальної частини та ста семи санкціях статей Особливої частини КК України законодавець називає його "позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю". Наприклад: п. 3 ст. 89; ч. 2 ст. 131; ст. 132; ч. 2 ст. 134; ч. 1, 2 ст. 137. У санкції ч. 5 ст. 143 КК це покарання взагалі названо як "позбавлення права обіймати певні посади і займатися певною діяльністю". При цьому, як відмічає вчений, в окремих випадках в межах однієї статті в санкціях різних її частин вживається різний сполучник. Так, у санкціях ч. 2 ст.

131; ч. 1 ст. 211; ч. 1 ст. 222; ч. 1 ст. 330; ч. 1, 3 ст. 382 йдеться про "позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю", а в ч. 1 ст. 131; ч. 2 ст. 211; ч. 2 ст. 222; ч. 2 ст. 330; ч. 2 ст. 382 КК вказується про "позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю". Незважаючи на те, що в ст. ст. 51, 55 КК це покарання називається "позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю", у ч. 2 ст. 82 КК законодавець формулює його як "позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю". Уявляється, що така ситуація є неприпустимою^[155], оскільки сполучники "і", "або", "чи" можуть мати різне значення: сполучник "і" слугує для з'єднання однорідних членів речення, які визначають близькі за змістом поняття; для посилення виразності речення; сполучники "або", "чи" використовуються при поставленні питання; для з'єднання однорідних членів речення, які визначають близькі за змістом поняття; як протиставний сполучник та іншим чином. Саме тому видається доцільним узгодити назву цього виду покарання у всіх статтях як Загальної, так і Особливої частини КК з назвою, яка передбачена в статтях 51, 55 КК, оскільки саме в цих статтях визначається поняття, зміст та особливості призначення зазначеного виду покарання.

2. Спостерігається певна непослідовність при визначенні видів покарань, тобто відступ від загального правила щодо побудови санкцій, згідно з яким покарання розміщуються від менш суворого до більш суворого. Порушення цієї послідовності мають місце в санкціях ч. 1 ст. 137; ст. 145; ч. 2 ст. 171; ч. 2 ст. 351 КК. Це не відповідає принципам гуманізму покарання й економії заходів кримінально-правового примусу та суперечить загально-встановленим принципам побудови системи покарань. Тому уявляється доцільним, виходячи зі змісту ст. 51 КК, змінити порядок розміщення в санкціях ч. 1 ст. 137; ст. 145; ч. 2 ст. 171; ч. 2 ст. 351 КК видів покарань.

3. Видається суперечливим визначення меж санкцій певних статей Особливої частини КК без урахування порядку й особливостей призначення певних видів кримінальних покарань. Так, у ч. 2 ст. 57 КК окреслено коло осіб, до яких не застосовується покарання у вигляді виправних робіт. Серед них названі працівники правоохоронних органів, судді, прокурори. У контексті цієї статті викликає подив редакція ч. 1 ст. 374 "Порушення права на захист", що передбачає застосування санкції у вигляді виправних робіт до особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора або судді. Диспозиція зазначеної статті суперечить ч. 2 ст. 57 КК. У зв'язку з цим видається обґрунтованою пропозиція деяких учених про виключення з тексту ч. 1 ст. 374 КК слів "або виправними роботами на строк до двох років"^[156].

4. Уявляється недоцільним при визначенні меж певних видів покарань у санкціях статей КК 2001 року зазначати мінімальні межі, які встановлюються в Загальній частині для цього виду покарання. Прикладом цього є ст. 159, ч. 3 ст. 160, ст. 178 та ч. 2 ст. 303 КК,

де стосовно строків позбавлення волі зазначається: "від одного до трьох років". На нашу думку, необхідно змінити санкції цих статей, передбачивши тільки верхні межі покарання у вигляді позбавлення волі, з метою одноманітного використання правил конструювання санкцій у КК України. Такі зміни будуть відповідати законотворчому принципу нормативної економії.

5. Уявляється необґрунтованим недотримання при конструюванні деяких санкцій загальнообов'язкового правила про допустиме співвідношення визначених у санкції основних і додаткових покарань, згідно з яким основне покарання завжди має бути більш суворим, ніж приєднане до нього додаткове. Інакше, як слушно зазначає В.І. Тютюгін, втрачався б усякий сенс їх поєднання один з одним, і додаткове покарання, по суті, підміняло б основне, виконуючи функції останнього^[157]. Безумовно, законодавче розмежування покарань на основні й додаткові передбачає визначення співвідношення обсягу карального впливу цих видів покарань, і тому як безпосередня побудова санкцій, так і призначення покарання винному мають відповідати цій загально визнаній вимозі. Проте, незважаючи на це, законодавець сам у деяких випадках порушує її при конструюванні санкцій, визначаючи у деяких із них як основне покарання штраф, а як додаткове — позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (наприклад, ч. 1 ст. 139, ч. 1 ст. 203 КК). Виходячи ж із системи покарань, установлені в ст. 51 КК України, неважко помітити, що в цих санкціях за обсягом карального впливу додаткове покарання є більш суворим, ніж основне. Як уявляється, порушення правил конструювання санкцій є неприпустимим, оскільки на основі санкції вирішуються питання призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом; застосування амністії, помилування тощо. У зв'язку з цим уявляється необхідним перегляд наведених санкцій у частині визначення видів основного й додаткового покарання.

6. При конструюванні санкції не завжди беруться до уваги характер і ступінь суспільної небезпечності передбаченого в диспозиції статті злочину, а також особливості можливого суб'єкта злочину, що негативним чином позначається на судовій практиці.

Так, аналізуючи правозастосовчу практику, слід зазначити, що суди в деяких випадках залежно від віку та стану здоров'я, майнового становища винної особи не можуть призначити покарання. Наприклад, неповнолітнім, котрі, як правило, не мають постійного джерела власного прибутку, власних коштів або майна, на яке можливо накласти стягнення, не можна призначити покарання у вигляді штрафу. При цьому заміна штрафу громадськими або виправними роботами також неможлива, оскільки застосування останніх обмежено законом. Наприклад, виправні роботи не можуть бути призначені вагітним жінкам і жінкам, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною; непрацездатним; особам, які не досягають шістнадцяти років, і тим, хто досяг пенсійного віку, а також військовослужбовцям, співробітникам правоохоронних органів, нотаріусам,

суддям, прокурорам, адвокатам, державним службовцям, посадовим особам органів місцевого самоврядування. Громадські роботи не призначаються особам, визнаним інвалідами першої або другої групи, вагітним жінкам, особам, які досягають пенсійного віку, а також військовослужбовцям строкової служби. Таким чином, застосування цих видів покарань є неможливим за певних обставин.

Як правило, суди стикаються з подібною проблемою при призначенні покарання за злочини, кваліфіковані законодавцем як злочини невеликої тяжкості. Прикладом цього є санкція ч. 1 ст. 296 КК, яка передбачає такі види покарання, як штраф від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, арешт на строк до шести місяців, обмеження волі на строк до п'яти років. Проте жодне з перелічених у статті видів покарань є неможливим для призначення таким суб'єктам злочину, як неповнолітні (від 14 до 16 років), за умови, якщо відсутній самостійний заробіток. У зв'язку з тим, що мінімальний розмір штрафу, передбачений в цій статті становить, п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, його фактично не можуть сплатити більшість осіб, які досягають пенсійного віку. У Постанові Пленуму Верховного Суду України "Про практику призначення судами кримінального покарання" щодо повнолітніх правопорушників пропонується два варіанти ухвалення судами рішення за таких обставин: закриття справи на підставі ст. 7 КПК України й звільнення особи від кримінальної відповідальності або постановлення обвинувального вироку і звільнення засудженого від покарання^[158]. Щодо неповнолітніх, то в Постанові Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх" зазначається: "Якщо санкцією закону, за яким засуджується неповнолітній, передбачено лише такі види покарань, які з огляду на вік підсудного чи його стан не можуть до нього застосовуватися, суд звільняє його від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру, або відповідно до ст. 7 КПК закриває справу і звільняє його від кримінальної відповідальності, або постановляє обвинувальний вирок і звільняє засудженого від покарання"^[159]. Однак не завжди таке вирішення цієї проблеми є правильним, зрештою, як і призначення покарання з урахуванням ст. 69 КК, оскільки, виходячи зі змісту цієї статті, її застосування повинне мати місце лише у виключних випадках за наявності в конкретній справі всіх передбачених умов.

Більше того, викликає сумніви можливість призначення у всіх випадках справедливого покарання неповнолітнім за ч. 1 ст. 185 КК, яка передбачає санкцію у вигляді штрафу, виправних робіт або позбавлення волі на строк до 3 років. Неповнолітньому віком до 16 років, який не має самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення, реально може бути призначено тільки позбавлення волі. Це питання набуває гостроти, якщо взяти до уваги статистичні дані, які опубліковано Верховним Судом України: дві третини (22,1 тис., або 67,0 %) злочинів, вчинених неповнолітніми у 2003 році, — це крадіжки чужого майна. При цьому кожний третій підліток вчинив злочин у віці 14-15 років (усього 8,9 тис. осіб)^[160].

Важко визнати справедливим призначення судами найбільш суворого покарання, зазначеного в санкції статті, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, тільки через те, що інші види покарання, які встановлені цією санкцією, не можуть бути призначені певним суб'єктам злочину (наприклад, ч. 1 ст. ст. 185, 186, 188 КК та інші). Практика свідчить, що суди в таких випадках, призначаючи покарання, або виходять із більш суворого виду покарання (як правило, це позбавлення волі, обмеження волі), або застосовують ст. 75 КК України, звільняючи від відбування покарання з випробуванням, що не завжди є справедливим і не забезпечує досягнення мети покарання. За відсутності альтернативи суд не має можливості призначити той вид покарання, який з огляду на особливості особи винного та вчиненого нею злочину найбільше б сприяв виправленню винного та запобіганню вчиненню нового злочину як засудженим, так і іншими особами.

Таке ставлення тільки до певного кола суб'єктів злочину суперечить принципам справедливості та гуманізму^[161]. Оскільки конкретні прояви ступеня тяжкості злочинів, які вчиняються, та небезпечності особи винних є різними, то навряд чи буде справедливим і відповідним принципу справедливості призначення покарання в умовах, коли суд фактично позбавлений альтернативи у виборі виду покарання щодо певних суб'єктів злочину.

Саме тому, призначаючи покарання неповнолітнім, суди мають виходити з розуміння сутності покарання у вигляді позбавлення волі, яке є не тільки крайньою, але й винятковою мірою. Як видається, "оцінно-вольова думка законодавця про доцільність прийняття тієї або іншої норми без урахування та вивчення соціальних і економічних підстав"^[162], а також ретельного дослідження всього кола можливих суб'єктів вчинення злочину "є помилковим і може не тільки викликати труднощі при їх застосуванні, але й приводити до розширення суддівського розсуду, свавілля"^[163]. На наш погляд, при вирішенні цієї проблеми може бути використано декілька шляхів. По-перше, уявляється необхідним законодавцеві при визначенні санкції враховувати коло можливих суб'єктів злочину, а також соціально-економічну обґрунтованість санкції. По-друге, видається можливим, погодившись із пропозицією

В.І. Тютюгіна, доповнити ст. 103 КК положенням, відповідно до якого надати суду право призначати неповнолітньому покарання, більш м'яке, ніж передбачено санкцією, у випадках, якщо закріплені в санкції види покарання не можуть бути призначені неповнолітньому чи може бути призначений лише один, найбільш суворий вид покарання з числа тих декількох, які альтернативно нею передбачені^[164]. По-третє, уявляється доцільним розширення сфери застосування таких видів покарання як громадські та виправні роботи, завдяки включенню до кола осіб, до яких можуть застосовуватися ці

види покарання, також і осіб, яким виповнилося 14 років. При цьому слід погодитися, що покарання у вигляді виправних робіт особі, яка не досягла 16 років, може бути призначене у випадках, якщо особа має самостійний стабільний заробіток [165]

Санкції, що містять такий вид покарання, як виправні роботи, так само викликають зауваження щодо їх обґрунтованості. Наприклад, санкції, передбачені в ч. 2 ст. 389 та інших статтях КК 2001 р. Підтвердженням цьому є зменшення за останні п'ять років кількості осіб, до яких судом застосовувалися виправні роботи. Так, у 2003 році суди призначили покарання у вигляді виправних робіт лише 3292 засудженим, що майже в 6 разів менше, ніж у 1998 році.

Як свідчить аналіз судової практики застосування покарання у вигляді виправних робіт, незважаючи на передбаченість їх у санкції статті, можливе не в усіх випадках, тому що особи, винні у вчиненні певного злочину, не завжди мають постійне місце роботи. Так, згідно зі статистичними даними за 2003 рік на час вчинення злочину не працювали й не навчалися та не мали постійного джерела доходів майже дві третини (65,6 %) від загальної кількості працездатних осіб, яких було засуджено (2002 рік — 61,4 %) [166]. За цих обставин суд, фактично втративши альтернативу, повинен призначати покарання у вигляді обмеження волі чи ще більш суворе покарання — позбавлення волі.

Аналізуючи практику застосування виправних робіт, а також ряду інших альтернативних позбавленню волі видів покарання (громадських робіт, штрафу), можна прийти до висновку, що підвищення ефективності покарання можливе тільки в разі усунення цілої низки причин неправового характеру, які перешкоджають реалізації цих видів покарання. Насамперед це обставини соціального й економічного характеру: скорочення робочих місць; безробіття; негативне ставлення керівників підприємств, установ і організацій усіх форм власності до виконання альтернативних видів покарань; відсутність належної взаємодії кримінально-виконавчих інспекцій з державними організаціями в проведенні заходів профілактично-виправного впливу на засуджених до альтернативних видів покарання (громадські та виправні роботи) [167].

7. Як уявляється, правильна побудова санкції в кожному конкретному випадку передбачає врахування вже наявних санкцій і ступеня тяжкості самого злочину та типових особливостей особи винного.

Через це не повинно бути явної невідповідності в межах санкцій, передбачених за злочини, ступінь суспільної небезпечності яких приблизно однаковий, так само як і санкції не мають бути однаковими, якщо ступінь суспільної небезпечності злочинів, за які вони передбачені, різний.

Проте, досліджуючи норми чинного кримінального законодавства, неважко помітити, що законодавець не завжди дотримується цього правила при побудові санкцій. На цей недолік неодноразово звертали увагу вчені, аналізуючи питання караності певних видів злочинів. Так, наприклад, О.М. Готін, розглядаючи питання про покарання за випуск або реалізацію недоброякісної продукції, відзначає існування диспропорції у видах покарань за цей вид злочину й покарань за злочини, близькі до нього за характером і ступенем суспільної небезпечності (наприклад ст. 367 КК України). Зокрема, за виготовлення недоброякісної продукції через необережність винним особам може бути призначено основне покарання у вигляді штрафу і виправних робіт, а також обмеження волі на певний строк (ч. 1 ст. 367 КК) чи навіть позбавлення волі на певний строк (ч. 2 ст. 367 КК), а за те ж саме виготовлення і подальший випуск недоброякісної продукції з промислового підприємства (ст. 227) винним особам може бути призначено основне покарання у вигляді штрафу та виправних робіт.

Така розбіжність між санкціями є явним порушенням принципу рівності громадян перед кримінальним законом у сфері призначення покарання, оскільки порушується вимога, згідно з якою за близькі за ступенем суспільної небезпечності злочини застосовуються відносно однакові за суворістю покарання^[168]. Тому уявляється, що при конструюванні санкцій законодавець повинен більш уважно підходити до визначення не тільки меж, але й видів (стосовно альтернативних санкцій) покарань з урахуванням передбачених у законі санкцій.

8. Реалізація принципу справедливості покарання також не одержала адекватного відображення при визначенні покарання за злочини, ознаки яких передбачені загальною та спеціальною нормами, а санкція спеціальної норми встановлена менш сувора, ніж санкція загальної норми. Наприклад, контрабанда за попередньою змовою групою осіб або особою, раніше судимою за цей злочин (ч. 2 ст. 201 КК), карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією предметів контрабанди та з конфіскацією майна. Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також якщо предметом цих дій були особливо небезпечні наркотичні засоби, психотропні речовини або наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекурсори у великих розмірах (ч. 2 ст. 305 КК), карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, що були предметом контрабанди, та з конфіскацією майна.

Уявляється доцільним визначення більш широких меж і кола видів покарань у санкціях спеціальної норми, що дозволить законодавцеві таким чином відобразити (врахувати) відмітні ознаки спеціальної норми в її санкції.

Призначення покарання відповідно до положень Загальної частини КК України

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 65 КК України суд, призначаючи покарання, повинен керуватися положеннями Загальної частини цього кодексу. Дотримання зазначеної загальної засади є обов'язковою умовою реалізації принципів законності, справедливості й індивідуалізації покарання, оскільки врахування положень Загальної частини КК дозволяє правильно, відповідно до законодавчої характеристики змісту певних інститутів кримінального права використовувати межі санкції, установлені статтею Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин.

Однак така позиція в науці не є загальновизнаною. Деякі вчені вважають, що правило призначати покарання, виходячи з положень Загальної частини КК, є невдалим, тому що не дозволяє реалізувати п. 1 ч. 1 ст. 65 КК. Так, А.В. Іщенко стверджує, що правило призначення покарання в межах, установлених у санкції, може виключати в конкретних випадках урахування певних положень Загальної частини КК, і навпаки — застосування положень Загальної частини в деяких випадках може спричинити порушення вимоги про дотримання меж санкції статті Особливої частини^[169].

Оцінка кримінального "законодавства зарубіжних країн свідчить, що законодавець, установлюючи загальні правила призначення покарання, не завжди вказує на необхідність урахування судом положень Загальної частини КК. Прикладом цьому може бути КК Естонської Республіки^[170].

Аналіз п. 2 ч. 1 ст. 65 КК та практика його застосування дозволяє визнати більш правильною позицію КК України, оскільки вона повністю відповідає законотворчим принципам, і перш за все принципам неподільної єдності норм Загальної та Особливої його частин, їх взаємозалежності та взаємозумовленості: неможливо реалізувати санкцію статті Особливої частин, призначаючи покарання без урахування принципових положень Загальної частини Кримінального кодексу. Тому передбачення як самостійного загального правила врахування судом положень Загальної частини КК є обов'язковим у кожному випадку призначення покарання й не суперечить п. 1 ч. 1 ст. 65 КК.

Досліджуючи зміст цієї засади, слід зазначити, що закон не дає переліку тих положень Загальної частини КК, які повинні враховуватися при призначенні покарання. У науці кримінального права цей перелік визначається по-різному.

Так, М.І. Бажанов визначає широке коло цих положень: поняття злочину; обставини, що виключають відповідальність; особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх; правила призначення покарання за незакінчену злочинну діяльність; правила призначення покарання за наявності співучасті; поняття, види й мета покарання; систему та види покарань; особливості призначення додаткових покарань, не передбачених у статтях Особливої частини КК; правила призначення покарання за сукупністю злочинів або вироків тощо^[171].

Автори монографії "Кримінальне покарання", розглядаючи це питання, вважали, що, обираючи покарання особі, винній у вчиненні злочину, необхідно встановлювати, крім зазначеного М.І. Бажановим, ще й такі положення: 1) чи є в даному випадку обставини, що виключають злочинність діяння; 2) чи наявні обставини, за яких особа, котра вчинила злочин, має бути звільнена від покарання (зміна суспільної небезпечності особи або зміна обстановки; неосудність особи; добровільна відмова від вчинення злочину; закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, давності виконання обвинувального вироку); 3) форму вини — умисел, необережність; 4) умови кожного виду звільнення особи від кримінальної відповідальності, покарання або його відбування^[172].

Інші вчені, визначаючи коло загальних положень, вважають, що оскільки призначення винному покарання здійснюється вже після кваліфікації вчиненого ним злочину, то на етапі індивідуалізації покарання суд звертається головним чином до тих норм Загальної частини КК, які регламентують саме питання застосування покарання (ч. 2 ст. 50, ст. ст. 51–73, 98–103 КК)^[173]. Але при цьому вони погоджуються, що суд повинен виходити із

завдань, поставлених перед кримінальним законом (ст. 1 КК); керуватися нормами, що визначають чинність кримінального закону в часі та просторі (ст. 3-10 КК); урахувати особливості призначення покарання при встановленні обмеженої осудності особи (ч. 2 ст. 20 КК) і виконанні особою спеціального завдання з попередження або розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 43 КК), тощо [174]

По-різному вирішують це питання і російські автори, які аналізували ст. 60 КК РФ.

Так, О.В. Наумов вважає, що на процес призначення покарання так чи інакше впливають положення, які містяться в нормах про завдання та принципи КК, про поняття, мету та види покарання, особливості кримінальної відповідальності й покарання неповнолітніх тощо^[175].

О.С. Горелік до цього переліку додає: загальні засади призначення покарання; переліки пом'якшуючих та обтяжуючих покарання обставин; норми, що регулюють особливий порядок призначення покарання; норми, що регулюють особливості призначення покарання за незакінчений злочин, злочин, вчинений у співучасті, рецидив; правила призначення покарання за сукупністю злочинів і вироків; норми, що регулюють порядок визначення строків покарання при складанні покарань, обчислення строків покарань і зарахування покарання^[176].

В.І. Зубкова, погоджуючись із переліком, який пропонує О.С. Горелік, звертає увагу на необхідність урахування при обранні міри покарання винному підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності та покарання, обставин, що виключають злочинність діяння, а також положень, які стосуються чинності кримінального закону в просторі та часі^[177].

З думкою О.С. Гореліка і В.І. Зубкової про коло положень, які повинні враховуватися судом при призначенні покарання, не згодні Т.В. Непомняща^[178] та інші вчені^[179]. Так, Т.В. Непомняща пише: "... навряд чи можна погодитися з думкою, що, коли вирішується питання про призначення покарання, суддя керується нормами, присвяченими обставинам, які виключають злочинність діяння або звільняють від кримінальної відповідальності й покарання"

[180]

Інші вчені обмежують правило врахування положень Загальної частини КК тільки тими, що містяться в розділі "Призначення покарання"^[181]. При цьому Н.Ф. Кузнецова поділяє положення Загальної частини КК, якими має керуватися суд, обираючи міру покарання винному, на ті, які пом'якшують покарання, і ті, які його посилюють. Відповідно до КК РФ вона виділяє такі положення, що пом'якшують караність діяння: передбачені в розділі про особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх; обмеження в застосуванні деяких видів покарання з огляду на стать суб'єкта злочину, наявність у нього малолітніх дітей, його стан здоров'я, рід діяльності; особливості кримінальної відповідальності за незакінчену злочинну діяльність; особливості призначення покарання за деяких пом'якшуючих і виняткових обставин.

До тих, що посилюють покарання, Н.Ф. Кузнецова відносить положення про рецидив, сукупність злочинів, сукупність вироків, співучасть у вчиненні злочину. Вона зазначає, що суд, призначаючи покарання, також зобов'язаний керуватися порядком визначення строків покарань при їх складанні, порядком обчислення строків покарань і зарахування покарання з огляду також на положення Загальної частини про завдання та мету покарання^[182].

Аналізуючи наведені точки зору щодо кола положень Загальної частини КК, які повинні враховуватися при призначенні покарання, слід виходити, по-перше, з того, що приписи Загальної та Особливої частин кримінального права (законодавства) є органічно взаємозумовленими розділами цілісної кримінально-правової системи, де норми Загальної частини КК, маючи фундаментальний характер, визначають зміст інститутів і норм Особливої частини КК. Тону, як справедливо зазначав М.І. Бажанов, розкриття дійсного змісту норм Особливої частини, які передбачають відповідальність за вчинення злочину, неможливе без обов'язкового звернення до норм Загальної частини КК^[183]. Застосування санкцій статей Особливої частини, що передбачають відповідальність за вчинений злочин, при призначенні покарання стає дійсно ефективним лише тоді, коли суд виходить із положень Загальної частини КК.

По-друге, слід виходити з того, що в основі призначення справедливого покарання лежить правильна кваліфікація, вона, як слушно зауважив В.О. Навроцький, є "передумовою призначення покарання, яке відповідає оцінці суспільної небезпечності даного злочину, даній самим законодавцем"^[184]. Отже, "на стадії призначення покарання презюмується, що питання злочинності діяння, його суспільної небезпечності, протиправності та винності вже вирішені судом як передумови законного й

справедливого покарання"

[185]. Давши

правильну кваліфікацію вчиненого, суд тим самим визначає межі можливого покарання за вчинений злочин і саме в цих межах, установлених законом, індивідуалізує покарання винному: визначає необхідний і достатній для досягнення мети, передбаченої у ст. 50 КК України, вид і розмір покарання особі, винній у вчиненні злочину. При цьому суд передусім повинен керуватися положеннями, які визначають завдання Кримінального кодексу України (ст. 1 КК). Також при призначенні покарання первісно мають принципове значення норми, що регламентують чинність кримінального закону в просторі й часі, оскільки дозволяють вирішити певні питання: по-перше, при зіткненні (колізії) законів у зв'язку з їх застосуванням до конкретного суспільно небезпечного діяння; по-друге, щодо меж покарання; по-третє, щодо правових наслідків засудження особи за межами України при вчиненні нею нового злочину на території України. Так, у ст. 9 КК України регламентовано правові наслідки засудження особи за межами України, де визначається можливість урахування судом України вироку суду іноземної держави, а також необхідність урахування судом України при призначенні покарання, відповідно до положень ч. 1 цієї статті, рецидиву злочину, невідбутого покарання або інших правових наслідків вироку суду іноземної держави.

Призначаючи покарання, суд також має виходити із законодавчого визначення поняття злочину, його ознак (ст. 11 КК України), із законодавчо визначеної класифікації злочинів (ст. 12 КК України). Так, матеріальне визначення поняття злочину в кримінальному законі допомагає суду дати оцінку вчиненого в цілому, визначити найважливіші його ознаки та їх вплив на міру покарання винного. Визначення форми й виду вини дозволяє суду не тільки зробити висновок про ступінь тяжкості вчиненого, але й найточніше охарактеризувати особу винного і на підставі цього з'ясувати, який вид і розмір покарання найбільшою мірою сприятиме виправленню засудженого.

У певних випадках, призначаючи покарання, суд повинен ураховувати форми й вид вини особи, яка вчинила злочин (ст. ст. 23–25 КК України), якщо ці обставини не зумовили кваліфікацію вчиненого злочину. Наприклад, обираючи міру покарання особі, винній у вчиненні злочину, передбаченого ст. 281 КК, суд повинен ураховувати, умисне чи необережне було ставлення винного до порушення правил повітряних польотів та утвореної ним небезпеки для життя людей або настання інших тяжких наслідків^[186].

Велике значення для індивідуалізації покарання має з'ясування психічного стану особи, яка вчинила злочин, унаслідок чого суд при призначенні покарання виходить із положень ст. ст. 19, 20 КК України. Ці норми дозволяють найточніше вирішити питання про необхідність призначення покарання й у випадку такої необхідності індивідуалізувати покарання винному, оскільки рішення про те, яким чином буде враховано обмежену осудність при призначенні покарання й застосуванні примусових заходів медичного

характеру, законодавець залишив на розсуд суду (ч. 2 ст. 20 КК України).

Такий самий обов'язок суду впливає і з положень про співучасть (ст. ст. 26–30 КК України), повторність, сукупність, рецидив (ст. ст. 32–35 КК України). Наприклад, виходити зі ст. 27 КК при визначенні характеру участі кожного зі співучасників у вчиненні злочину або з ч. 3 ст. 29 КК при призначенні покарання з урахуванням обставин, які обтяжують покарання. У статті 35 КК України прямо передбачено, що повторність, сукупність і рецидив злочинів ураховуються не тільки при кваліфікації, але й при призначенні покарання, а також при вирішенні питання про можливість звільнення від кримінальної відповідальності та покарання у випадках, передбачених кримінальним законом. Однак урахування цих обставин можливе тільки, якщо вони не зумовили кваліфікацію вчиненого злочину.

Безпосереднє значення для суду при призначенні покарання, безумовно, мають положення статей Загальної частини КК, які закріплюють поняття й мету покарання, правила й особливості застосування окремих його видів та інші норми, що регулюють питання, пов'язані з призначенням покарання, і здатні впливати на вибір міри покарання винному.

Так, визначаючи покарання винному, суд, виходить з поняття покарання, яке в ч. 1 ст. 50 КК України визначається як "захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого".

З'ясування соціального призначення, юридичної природи, сутності самого покарання та його мети зумовлює необхідність призначення судом такого покарання винному, яке б відповідало ступеню тяжкості вчиненого й особі винного. Законодавчо визначена мета покарання та її види спрямовують діяльність суду щодо призначення покарання та являють собою "ті кінцеві фактичні результати, яких прагне досягти держава, устанавлюючи кримінальну відповідальність, засуджуючи винного у вчиненні злочину до тієї чи іншої міри покарання"^[187].

Призначаючи покарання, суд має виходити з визначеної системи та видів покарань, оскільки з'ясування системи та видів покарань, принципів її побудови дозволяє суду з більшою повнотою враховувати специфіку злочину й особливості особи винного при призначенні покарання, ефективніше здійснювати карально-виховний і

попереджувальний вплив на засудженого, а також усувати умори, які сприяють вчиненню ним злочину.

Безпосереднє значення для призначення покарання мають також правила складання покарань і зарахування строку попереднього ув'язнення, обчислення строків покарання. Стаття 72 КК України не тільки передбачає співвідношення окремих видів покарань, визначаючи "шкалу" їх еквівалентів, але й установлює правило складання покарань різних видів: при складанні в цих випадках менш суворе покарання переводиться в більш суворе. У ст. 72 КК містяться й правила зарахування попереднього ув'язнення за сукупністю злочинів чи вироків, які враховуються судами при призначенні покарання в певних випадках.

Індивідуалізуючи покарання винному, суд повинен також виходити з норм про звільнення від кримінального покарання. Кримінально-правові інститути звільнення від покарання та його призначення тісно взаємопов'язані, унаслідок чого без урахування положень, що містяться в цих нормах кримінального законодавства, в окремих випадках неможливо призначити справедливе й законне покарання винним. Наприклад, виходячи зі змісту положень ч. 3 ст. 78, ч. 6 ст. 79, ч. 4 ст. 81, ч. 6 ст. 82, ч. 6 ст. 83, і ст. ст. 71, 72 КК, суд може призначити покарання у випадку вчинення засудженим у період іспитового строку нового злочину. Урахування цих положень Загальної частини КК є особливо актуальним у зв'язку з поширеністю застосування альтернативних покаранню форм реалізації кримінальної відповідальності. Так, у 2003 році судами було звільнено від відбування покарання 119146 засуджених, або 59,3 % від числа всіх засуджених. З випробуванням було звільнено від відбування покарання більше половини засуджених, тобто 111299 чоловік, або 55,4 % від числа всіх засуджених; звільнено від покарання внаслідок акта амністії та з інших підстав 7209 засуджених, або 3,6 % від числа всіх засуджених, умовно засуджено 388 осіб, або 0,2 % від числа всіх засуджених, відстрочення виконання вироку було застосовано до 250 засуджених, що склало 0,1 % від числа всіх засуджених^[188].

При призначенні додаткових покарань у разі звільнення від відбування основного покарання з випробуванням суд повинен керуватися положеннями КК про додаткові покарання та правила їх призначення. Так, суд відповідно до ст. 77 КК України може призначити додаткове покарання: штраф (за умови, якщо він передбачений санкцією статті, за якою засуджується особа); позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу. Додаткові покарання підлягають реальному виконанню, що суд визначає в резолютивній частині вироку.

Важливими для призначення покарання за вчинення нового злочину особою, яка раніше вчиняла злочин, є положення про судимість, її правові наслідки, а також правові наслідки звільнення від покарання на підставі закону України про амністію або акта про помилування. Норми, передбачені в розділі XIII КК України 2001 року, мають значення в разі призначення покарання винному, який вчинив новий злочин.

Положення розділів VIII КК України "Обставини, що виключають злочинність діяння" та IX КК України "Звільнення від кримінальної відповідальності" не мають безпосереднього значення для призначення покарання, тому їх важко визнати тими, з яких суд має виходити при призначенні покарання. Законодавець чітко визначив правову природу обставин, які виключають злочинність діяння: наявність цих обставин зумовлює виключення ознак суспільної небезпечності, протиправності, винності та караності. Звільнення від кримінальної відповідальності завжди передує призначенню покарання і, отже, виключає його необхідність. А тому суд не враховує положень цих розділів при призначенні покарання, за винятком положень, передбачених у ч. 3 ст. 43 КК, де визначено правила призначення покарання за вчинення злочину особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності, у вчиненні в складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєданого з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з заподіянням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків. Отже, у певних випадках, передбачених чинним КК, ці положення повинні обов'язково враховуватися судом при призначенні покарання.

Викладене дає можливість зробити висновок про те, що суд повинен враховувати в кожній справі три групи положень, передбачених у Загальній частині КК.

Перша група — положення, що стосуються проблеми злочину, передбачені в розділах I — VII Загальної частини КК.

Друга група — положення, що стосуються загальних питань покарання, передбачені в розділі X Загальної частини КК.

Третя група — положення, що стосуються безпосередньо питань призначення покарання, а саме передбачені в розділах XI та XV Загальної частини КК.

Незважаючи на принципову важливість урахування судом при призначенні покарання положень Загальної частини КК України, у судовій практиці нерідко ця загальна засада недооцінюється, що спричиняє зміну або скасування вироку. Серед найбільш поширених помилок, які допускають суди при призначенні покарання, є такі.

1. Вирішуючи питання про призначення додаткового покарання, суди не завжди виходять із загальних положень про види, порядок та особливості призначення певних видів додаткових покарань.

Аналіз судової практики свідчить, що суди часто припускаються помилок при призначенні покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Так, виходячи з ч. 1 та 2 ст. 55 КК позбавлення права обіймати певні посади може бути призначено як основне або додаткове покарання за умови, що винний на час вчинення злочину обіймав такі посади. Однак суди не завжди враховують це. Наприклад, вироком суду Т. засуджено за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 191 КК на три роки позбавлення волі з позбавленням на один рік права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями й за ч. 5 ст. 27 та ч. 2 ст. 366 — на два роки позбавлення волі з позбавленням на один рік права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями. На підставі ст. 70 КК за сукупністю злочинів Т. визначено чотири роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями, на три роки.

Колегією суд дів Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України вирок щодо Т. було змінено, оскільки суд першої інстанції необґрунтовано призначив йому додаткове покарання у вигляді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями на три роки.

Згідно зі ст. 55 КК позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначено як додаткове покарання за умови, що з урахуванням характеру злочину, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним такого права.

Як було встановлено, Т. на час вчинення злочинів, за які його засуджено, не був

службовою особою. За таких обставин йому безпідставно призначено додаткове покарання у вигляді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями. Тому це покарання виключено з вироку^[189].

2. Суди, призначаючи покарання, не завжди виконують вимоги ч. 3 ст. 53 КК України про те, що штраф як додаткове покарання може бути призначений лише тоді, коли його передбачено в санкції статті Особливої частини КК. Так, вироком К. засуджено за ч. 3 ст. 185 КК на три роки позбавлення волі за вчинення крадіжки на суму 990 грн., поєднаної з проникненням у сховище. На підставі ст. 75 цього кодексу його звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на два роки, і відповідно до ст. 77 КК йому призначено додаткове покарання у вигляді штрафу в розмірі 510 грн.

Відповідно до ч. 1 ст. 53 КК штраф є грошовим стягненням, яке накладається судом у випадках і в межах, установлених Особливою частиною КК, а згідно з ч. 3 зазначеної статті як додаткове покарання він може бути призначений лише тоді, коли його спеціально передбачено в санкції статті Особливої частини КК.

Оскільки в ч. 3 ст. 185 КК передбачено покарання лише у вигляді позбавлення волі, то додаткове покарання у вигляді штрафу суд призначив неправильно. Посилання при цьому на ст. 77 КК є безпідставним, тому що відповідно до положень ч. 1 ст. 53 КК України призначення додаткового покарання у вигляді штрафу можливе тільки за умови, якщо такий вид покарання передбачається санкцією тієї статті, за якою особа засуджується.

Узявши до уваги ці обставини, колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України змінила вирок суду першої інстанції, виключивши додаткове покарання — штраф^[190].

Вимоги ч. 3 ст. 53 порушуються деякими судами й у випадках призначення додаткового покарання у вигляді штрафу при застосуванні положень ст. 77 КК. Так, вироком суду К. і С. засуджено за ч. 4 ст. 185 КК на п'ять років позбавлення волі кожного. Із застосуванням ст. 75 КК їх звільнено від відбування покарання з випробуванням строком на три роки. На підставі ст. 77 КК кожному з них призначено додаткове покарання у вигляді штрафу в розмірі 1 тис. грн.

К. і С. визнано винними в тому, що вони за попередньою змовою між собою вчинили крадіжку двох корів, які належали П. і В., вартістю 3 тис. 825 грн. і 4 тис. 148 грн. відповідно, тобто у великих розмірах.

Вироки щодо К. і С. змінено з таких підстав.

Статтею 77 КК визначено загальний підхід до призначення додаткових покарань у разі звільнення засудженого від відбування основного покарання з випробуванням. За змістом цієї статті зазначені в ній додаткові покарання можуть призначатися при такому звільненні лише за умови дотримання всіх інших положень як Загальної, так і Особливої частини КК, зокрема статей 51–55, 65–71 КК.

Відповідно до ч. 3 ст. 53 КК штраф як додаткове покарання може бути призначений лише в разі, якщо його спеціально передбачено в санкції статті Особливої частини КК і суд, застосовуючи загальні засади призначення покарання, дійде висновку про необхідність застосування цього додаткового покарання в конкретній кримінальній справі.

Стаття 77 КК не може вважатися самостійною правовою підставою для призначення штрафу як додаткового покарання.

Частина 4 ст. 185 КК, за якою засуджено К. і С., додаткового покарання у вигляді штрафу не передбачає. За таких обставин рішення про застосування до К. на підставі ст. 77 КК додаткового покарання у вигляді штрафу із вироку виключено^[191].

3. Певну складність для судів становить призначення покарання за вчинення нового злочину з урахуванням того, що винна особа раніше вже притягалася до відповідальності, але була цілком або частково звільнена від покарання на підставі закону України про амністію або помилування.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 185 КК Г. було призначено судом покарання у вигляді позбавлення волі на 2 роки 6 місяців, а на підставі ст. 71 КК України до призначеного

покарання частково додано покарання, не відбуте ним за вироком суду, строком на 6 місяців, і остаточно визначено у вигляді позбавлення волі на 3 роки. Стосовно Г. вирок було змінено внаслідок неврахування судом того, що від покарання Г. було звільнено за амністією у 2001 році. Таке звільнення є остаточною. Отже, підстав для застосування ст. 71 КК не було.

Призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України суд, призначаючи покарання винному, повинен урахувати ступінь тяжкості вчиненого злочину. Це положення є одним із загальнообов'язкових правил призначення покарання, у якому відображається нерозривний зв'язок і взаємозалежність між злочином і покаранням як основними категоріями, що визначають зміст кримінального закону.

Положення про необхідність урахування ступеня тяжкості вчиненого злочину в тій чи іншій редакції знайшло нормативне закріплення в більшості кримінальних законів зарубіжних країн. Так, у ст. 60 КК Російської Федерації визначено: "...при призначенні покарання враховуються характер і ступінь суспільної небезпечності вчиненого..."^[192]. Подібним чином це питання регламентовано і в КК Республіки Казахстан^[193]

. У КК Естонської Республіки (ст. 36) зазначено, що "при призначенні покарання суд ураховує тяжкість і характер вчиненого злочину..."^[194]

. Латвійський законодавець установив, що, призначаючи покарання, суд бере до уваги характер вчиненого злочинного діяння і завданої шкоди^[195]

. У КК деяких інших зарубіжних країн законодавець, не застосовуючи термінів "тяжкість злочину", "суспільна небезпечність злочину", перелічує в законі ознаки, які фактично визначають зміст суспільної небезпечності. Так, у КК Німеччини ці обставини регламентовано в ч. 2 § 46, де зазначено, що при призначенні покарання суд повинен ураховувати: "мотиви й мету правопорушника;...розмір порушення обов'язку; вид

виконання злочинних дій та винні наслідки..."

[196]

. Схожий підхід виявляється й у ст. 54 КК Литовської Республіки, у якій передбачено, що "при призначенні покарання суд ураховує: 1) ступінь небезпечності вчиненого злочину; 2) форму і вид вини; 3) мотиви й мету вчиненого злочинного діяння; 4) стадію злочинного діяння..."

[197]

. Законодавець Данії зобов'язує суд при призначенні покарання враховувати тяжкість злочину і мотиви вчиненого (аб. 80)

[198]

. У КК Болгарії вказується на необхідність ураховувати ступінь суспільної небезпечності діяння (ст. 54)

[199]

. У КК Польщі законодавець вимагає, щоб суворість обраної міри покарання не перевищувала ступеня вини, для цього суду слід ураховувати ступінь суспільної шкідливості діяння, а також мотивацію та спосіб поведінки винного, вчинення злочину разом із неповнолітнім, характер і ступінь порушення обов'язків, покладених на винного, характер і тяжкість негативних наслідків злочину та інше

[200]

.

Наведене дозволяє зробити висновок про те, що правило врахування при призначенні покарання суспільної небезпечності (тяжкості) вчиненого злочину в тій чи іншій редакції визначається в законодавстві різних країн, при цьому в більшості кримінальних кодексів наголос робиться на таких критеріях тяжкості, як небезпечність (шкідливість) діяння, наслідки, форма і вид вини.

Звертаючись до історії розвитку кримінального законодавства України, неважко помітити, що кримінально-правові норми, які містили загальні засади призначення покарання, неодноразово змінювалися, а зміст загальних засад формулювався по-різному. По-різному визначалося й правило врахування судами тяжкості злочину.

Так, у ст. 30 Основних начал кримінального законодавства СРСР і союзних республік і у ст. 24 КК УРСР 1922 року було визначено, що суд, призначаючи покарання, повинен ураховувати "ступінь і характер небезпечності вчиненого злочину". А також зазначалося, що "для встановлення цього вивчається обстановка вчинення злочину..., а також встановлюється наскільки сам злочин у даних умовах місця й часу порушує основи суспільної небезпечності". Стаття 42 КК УРСР 1927 року містила вимогу враховувати поряд зі ступенем і характером вчиненого злочину також і мотиви злочину. Стаття 32 Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік від 25 грудня 1958

року та ст. 39 КК України 1960 року зобов'язували суд при призначенні покарання враховувати "характер і ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину". Таке формулювання цієї засади викликало в теорії кримінального права труднощі в тлумаченні понять "характер" і "ступінь" суспільної небезпечності. Уявляється можливим виділити три позиції щодо змісту цих понять.

Деякі вчені під характером суспільної небезпечності розуміли не індивідуальну ознаку конкретного злочинного діяння, а ознаку, що характеризує всі злочини певної групи чи певного виду. Цю позицію було обґрунтовано Я.М. Брайніним ще 1953 року, а потім її підтримали А.Д. Соловйов, І.І. Карпець, Г.Л. Кригер, В.М. Кудрявцев, А.П. Чугаев, М.О. Беляев та інші. Так, за думкою Г.Л. Кригер, характер злочину визначає якісну своєрідність певного виду злочину та залежить від змісту й соціальної цінності суспільних відносин, на які посягає злочин, змісту шкідливих наслідків і їх розміру, форми вини (умисел чи необережність), способу вчинення злочину (загальнонебезпечний, насильницький), характеру мотивів і мети злочину (низькі чи соціально нейтральні мотиви) та інше^[201]. Ступінь же суспільної небезпечності визначає тяжкість конкретного злочину і залежить від індивідуальних особливостей цього злочинного діяння. Тому, виходячи з конкретних обставин справи, суд і має визначити ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину ^[202].

Інші автори вважали "характер" і "ступінь" суспільної небезпечності її взаємопов'язаними структурними елементами, надаючи при цьому "характеру суспільної небезпечності" значення якісної, а "ступеню" — кількісної характеристики небезпечності як виду, так і окремого конкретного злочину^[203]. Наприклад, на думку Н.Ф. Кузнецової, не можна відносити поняття "характер" до групових властивостей відповідного злочину, а "ступінь" — виключно до індивідуальних. Вона вважає, що характер суспільної небезпечності виражає її якість, тимчасом як ступінь характеризує кількісну сторону суспільної небезпечності ^[204].

Г.Г. Криволапов зазначає, що не існує поняття "характер суспільної небезпечності". Є тільки "характер злочину", який виявляється в спрямованості діяння проти того чи іншого об'єкта, розмірі шкоди, що завдається злочином, а також у формі вини і надає злочину якісної визначеності; "ступінь суспільної небезпечності" як кількісна визначеність, міра небезпечності вчиненого злочину^[205].

Найбільш визнаною була позиція, відповідно до якої "характер" суспільної небезпечності — показник тяжкості певного виду злочину, а ступінь — показник тяжкості конкретного, вчиненого конкретною особою злочину. Слід визнати, що саме ця позиція і знайшла

закріплення в чинному кримінальному законодавстві України: п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України 2001 року передбачає, що суд "призначає покарання, "враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину". Отже, чинний КК України не пов'язує характер суспільної небезпечності з конкретним вчиненим злочином, тому що на нього не вказується в ст. 65 КК, де визначаються загальні засади призначення покарання. Тобто його визначення та врахування є прерогативою законодавця, оскільки характер суспільної небезпечності є типовою, а не індивідуальною ознакою тяжкості злочину.

Незважаючи на чітке визначення законом цієї засади; її тлумачення в науці кримінального права залишилося неоднозначним. С.Д. Шапченко стверджує, що, призначаючи покарання, суд зобов'язаний враховувати й характер вчиненого злочину, який "є певним чином конкретизованим показником рівня суспільної небезпечності певного виду злочинів чи окремих його різновидів"^[206]. На його думку, індивідуальні особливості вчиненого злочину, які не зумовили його кваліфікацію, на характер злочину, як правило, не впливають, оскільки характер злочину, як він вважає, визначається: а) його кваліфікацією; б) місцем об'єкта (об'єктів) злочину в ієрархії соціальних цінностей, характерній для національної правової системи; в) співвідношенням караності вчиненого злочину з караністю злочинів інших видів (окремих їх різновидів)

[207]

Проти такої позиції виступив А.О. Пінаєв, який стверджує, що не можна, аналізуючи цю засаду, говорити про врахування характеру злочину, оскільки на його думку "характер суспільної небезпечності вчиненого визначається безпосереднім об'єктом. Ось чому вбивство відрізняється від крадіжки за характером тяжкості (суспільної небезпечності), але вони через відсутність порівнюваних величин не можуть відрізнитися за ступенем тяжкості. У свою чергу, одне вбивство від іншого й одна крадіжка від іншої відрізняються за ступенем тяжкості, але не відрізняються за характером, оскільки посягають на той самий безпосередній об'єкт. У цьому зв'язку не можна говорити про врахування при визначенні ступеня тяжкості вчиненого злочину цінності об'єкта — це вже враховано як у диспозиції, так і в санкції відповідної статті"^[208]. Подібну точку зору висловлював ще в 1980-х роках Г.П. Новосьолов, який вважав, що обставини, які характеризують об'єкт злочину, мають враховуватися судом лише при кваліфікації вчиненого й не можуть братися до уваги при визначенні покарання в межах санкції статті Особливої частини КК

[209]

Цю позицію обстоюють також М.О. Потєбенько, В.Г. Гончаренко та інші вчені^[210]. Вони підкреслюють: "Необхідно мати на увазі, що зазначені обставини враховуються при обранні міри покарання лише тоді, коли вони не входять у конструкцію-складу злочину"

[211]

Є й інші точки зору. Так, деякі вчені, розглядаючи загальні засади призначення покарання, відмічають те, що ступінь тяжкості злочину визначається характером конкретного злочину. На їх думку, "на неї впливають різні об'єктивні і суб'єктивні обставини: цінність тих суспільних відносин, на які посягає винний, тяжкість наслідків (характер і розмір завданого збитку), спосіб посягання, форма і ступінь вини, мотивація злочину, наявність або відсутність у справі відразу декількох кваліфікуючих ознак тощо"^[212]

У науці також висловлюється думка про те, що "тяжкість злочину характеризується такими обставинами, які в межах того самого складу злочину свідчать про його більшу чи меншу небезпечність"^[213].

В.К. Гришук вважає, що ступінь тяжкості вчиненого не залежить від стадії злочину, виду співучасника злочину, віку злочинця тощо^[214].

Серед російських учених також немає єдності думок з цього питання, незважаючи на чітку регламентацію в ст. 60 КК РФ необхідності врахування при призначенні покарання характеру й ступеня суспільної небезпечності злочину.

Позицію російського законодавця було піддано критиці А.В. Іщенком, який, розглядаючи проблеми призначення покарання, зазначає: "...під характером суспільної небезпечності розуміється небезпечність, властива не окремому злочину, а всім злочинам цього виду, а ступінь суспільної небезпечності відноситься до конкретного вчиненого злочину, тому указівка в ч. 3 ст. 60 КК РФ на необхідність врахування при призначенні покарання характеру суспільної небезпечності виявляється зайвою"^[215]. У зв'язку з цим він стверджує, що характер суспільної небезпечності злочину є чинником, який визначає не індивідуалізацію покарання, а його диференціацію^[216]

. Деякі автори, підтримуючи цю позицію, додають, що "характер суспільної небезпечності злочину враховується законодавцем при визначенні меж покарання за нього та є головним критерієм класифікації злочинів"^[217]

. Подібної точки зору дотримується також і Є.В. Благов, який вважає, що "урахування характеру суспільної небезпечності не має самостійного значення, що, зрозуміло, виключає його із загальних засад"

[218]

На думку В.І. Ткаченка, характер суспільної небезпечності може як урахуватися, так і не враховуватися судом при призначенні покарання залежно від виду складу злочину. Автор пише, що "при вчиненні злочину з "простим складом" він (злочин) завдає шкоди одному об'єкту, наприклад, при вбивстві без обтяжуючих обставин, і тому при призначенні покарання характер злочину не враховується. Він має значення при призначенні покарання за злочини зі складним складом за ознакою багатооб'єктності"^[219]. Цю позицію було піддано критиці. Зокрема, М.М. Становський вважає, що "якщо стати на таку позицію, то, наприклад, суд при засудженні особи за злочини з так званим "простим складом", а вони складають за КК РФ більше однієї третини серед усіх злочинів, не повинен урахувати викликані в певних випадках цими злочинами необоротні наслідки, наприклад, у тому ж убивстві без обтяжуючих обставин та інших подібних злочинах"

[220]

Аналіз наведених позицій дозволяє відзначити, що розбіжність думок науковців з приводу такої загальної засади, як "урахування ступеня тяжкості вчиненого" викликана відсутністю правильного й однозначного розуміння сутності, змісту та співвідношення кримінально-правових категорій "ступінь тяжкості" і "ступінь тяжкості вчиненого злочину".

Слово "ступінь" тлумачиться як міра, порівняльна величина чого-небудь^[221]. А слово "тяжкість" визначається як "що-небудь, що має важку вагу"

[222]

, а також як "найголовніше, суть, основне"

[223]

. Отже, зміст цього словосполучення зводиться до кількісної характеристики будь-якого досліджуваного об'єкта, ступеня його вагомості

[224]

. Таким об'єктом в даному випадку виступає конкретний злочин, який має певні, властиві йому об'єктивні й суб'єктивні ознаки, що визначають його тяжкість. Отже, ступінь тяжкості злочину визначається не тільки об'єктивними ознаками (які формують об'єктивну сторону чи об'єкт злочину), але й тими ознаками, які визначають суб'єктивну сторону злочину: вина, мотив, мета вчинення злочину. Як справедливо зазначають деякі

вчені, саме суб'єктивні ознаки в ряді випадків виступають вирішальними факторами, що формують суспільну небезпечність певних рядів злочинів і визначають їх виділення з числа всіх суспільно небезпечних діянь

[225]

. Водночас "вина, мотив і мета є важливими показниками суспільної небезпечності при розмежуванні злочинів за їх тяжкістю"

[226]

Досліджуючи зміст кримінально-правового поняття "тяжкість злочину", слід виходити з того, що, формулюючи поняття злочину в ст. 11 КК України, законодавець виділяє таку ознаку злочину, як суспільна небезпечність. Цю ж ознаку покладено в основу визначення підстави кримінальної відповідальності в ч. 1 ст. 2 КК. Однак аналіз ч. 1 ст. 2, ст. 11 та ст. 12 КК України дає можливість говорити про те, що різниця між поняттями "суспільна небезпечність" та "тяжкість злочину" має лише термінологічний характер^[227], тому що сутність цих понять, які визначають матеріальну ознаку злочину, становить шкідливість злочину для суспільних відносин, які охороняються кримінальним законом (реальне заподіяння шкоди чи створення реальної загрози заподіяння шкоди злочином).

Тяжкість злочину визначається характером суспільної небезпечності та ступенем суспільної небезпечності. Характер суспільної небезпечності злочину складає якісну характеристику певного виду злочину, передбаченого в законі, і визначається перш за все об'єктом злочину, тобто тими суспільними відносинами, на які посягає злочин, а також формою вини. Якісна характеристика (характер суспільної небезпечності) поряд із типовою кількісною характеристикою суспільної небезпечності злочину (типовим ступенем тяжкості злочину) ураховується безпосередньо законодавцем при конструюванні санкцій статей Особливої частини КК. Як слушно зауважує Л.Л. Кругліков, "природним першим кроком законодавця при формуванні системи санкцій за різні злочини (крадіжку, вимагання, незаконне підприємництво, обман споживачів, фальшивомонетництво й ін.) є визначення форм відповідальності насамперед залежно від характеру суспільної небезпечності відповідного виду злочину^[228]. Адже саме характер суспільної небезпечності певного злочину дає змогу визначити тяжкість злочину виходячи з розуміння цінності суспільних відносин, яким заподіюється шкода чи створюється загроза такого заподіяння, а також співвіднести санкції статей, які передбачають близькі за характером і ступенем суспільної небезпечності злочину. Саме тому видається правильним висновок Т.А. Леснієвської-Костаревої про те, що характер суспільної небезпечності злочину є підставою встановлення за нього кримінальної відповідальності

[229].

Крім поняття "характер суспільної небезпечності", у теорії кримінального права

використовується поняття "характер вчиненого злочину". При цьому деякі вчені ще за радянських часів вважали, що відповідно до загальних засад призначення покарання неправильно говорити про характер суспільної небезпечності злочину, а згідно з законом слід говорити про характер злочину^[230]. Інші вчені зазначали, що поняття "характер злочину" охоплює всі обставини конкретної справи, що відносяться як до діяння, так і до особи суб'єкта, визначає юридичну і соціальну характеристику вчиненого в цілому. Тому "характер злочину" ще більш широке поняття, ніж "характер і ступінь суспільної небезпечності злочину"^[231].

На нашу думку, є необґрунтованим вважати характер вчиненого злочину однією зі складових частин ступеня тяжкості вчиненого злочину. За змістом ч. 1 ст. 11 КК України злочин виступає конкретне, реальне явище, яке містить як соціальну, так і юридичну характеристики, які визначаються всіма обставинами конкретної справи, що відносяться як до діяння, так і до особи суб'єкта. Саме соціально-правова характеристика конкретного злочину визначає його характер і дозволяє відрізнити один конкретний вчинений злочин від іншого. А ступінь тяжкості вчиненого злочину охоплює лише сукупність індивідуальних особливостей злочину, що визначають саме його суспільну небезпечність, урахування яких при призначенні покарання зумовлюється необхідністю досягнення мети покарання в конкретному випадку, стосовно конкретної особи.

На необхідність урахування саме характеру злочину законодавець указує, визначаючи такий вид покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ч. 2 ст. 55 КК), а також передбачаючи особливості призначення покарання з урахуванням обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 67 КК). Отже, на думку законодавця, характер злочину повинен ураховуватися судом тільки в певних випадках, а саме при призначенні певного виду покарання, передбаченого ст. 55 КК, і згідно з ч. 2 ст. 67 КК при призначенні покарання з урахуванням обставин, що обтяжують покарання.

Аналізуючи поняття "ступінь тяжкості" як кримінально-правову категорію, слід виходити з того, що в кримінальному законодавстві це поняття використовується не тільки в ст. 12 КК, де ступінь тяжкості виступає критерієм класифікації злочинів, але й у ст. 65 КК, де законодавець, з огляду на сутність і завдання індивідуалізації покарання, називає "ступінь тяжкості вчиненого злочину" як одну з загальних засад призначення покарання. Досліджуючи ці терміни, треба відзначити їх схожість і водночас нетотожність, яка виявляється насамперед у функціональному призначенні цих кримінально-правових понять, а тому й у їх різному змісті.

Різниця між цими термінами полягає в тому, що законодавець, визначаючи класифікацію

злочинів за їх тяжкістю, ураховує *типовий ступінь тяжкості злочину (типову суспільну небезпечність), зміст якої становить оцінка сукупності найбільш, істотних, закономірних і типових об'єктивних і суб'єктивних ознак певного виду діяння і діяча*

Оцінюючи певний вид злочинів, законодавець виходить із загальних, типових, закономірних ознак, притаманних саме цьому виду. Саме тому суспільна небезпечність певного виду злочинів складається з узагальнених оцінок певної кількості випадків вчинення конкретних злочинів цього виду^[232]. Унаслідок цього, як слушно зауважує Т.А. Леснієвські-Костарева, вона може бути типізована та регламентована в законі^[233]

. Саме така законодавча оцінка сукупності цих ознак, по-перше, дає можливість законодавцеві класифікувати злочини на певні категорії; по-друге, зумовлює можливість визначення меж санкції конкретної статті, що передбачає злочин певної категорії; по-третє, надає можливість установити для кожної категорії злочинів залежно від ступеня тяжкості співвідносні з нею правові наслідки.

Зміст *ступеня тяжкості вчиненого злочину* значно ширший, оскільки конкретний злочин, вчинений у реальному житті, має більшу кількість неповторних, індивідуальних ознак, які властиві саме цьому окремому злочину. Тому "ступінь тяжкості вчиненого злочину" — поняття більш широке, ніж "типова ступінь тяжкості злочину", оскільки включає не тільки визначені у диспозиції найбільш загальні і типові ознаки складу злочину, а й індивідуальні ознаки вчиненого, які знаходяться поза ознаками складу злочину. Це зумовлене тим, що, як будь-який свідомий вольовий акт людської поведінки, конкретний злочин значно багатший за ознаки його складу, котрий, як правильно зазначає С.Г. Келіна, є "законодавчою моделлю" конкретного злочину^[234]

. Тому, індивідуалізуючи покарання за конкретний вчинений злочин, суд зобов'язаний у суворо визначених законом категоріальних межах установити конкретний, індивідуальний ступінь тяжкості саме цього злочину.

Таким чином, з точки зору логіки категорії "ступінь тяжкості злочину" і "ступінь тяжкості вчиненого злочину" співвідносяться між собою як загальне й окреме (одиничне): загальне завжди є тим, що складає лише частину окремого, яке, крім загального, передбачає наявність індивідуального, особливого. Відображаючи лише найбільш загальні й значущі ознаки злочину, зміст кримінально-правової категорії "ступінь тяжкості", зазначеної в ст. 12 КК України як критерій класифікації злочинів, не вичерпує всієї характеристики ознак конкретного вчиненого злочину, передбачаючи наявність у ньому таких ознак, які визначають його індивідуальний ступінь тяжкості. Тому суд, призначаючи покарання, має виходити перш за все зі ступеня тяжкості злочину,

визначеного в ст. 12 КК, а потім урахувати ступінь тяжкості конкретного вчиненого злочину. У зв'язку з цим видається необґрунтованою позиція Р.Н. Хамітова, який, аналізуючи ст. 15 КК РФ, яка передбачає класифікацію злочинів, вважає, що суду необхідно враховувати не конкретні особливості вчиненого, а тільки те, до якої категорії злочинів віднесено вчинене злочинне діяння^[235]. Цю позицію справедливо було піддано критиці російськими вченими, Так, Є.В. Благов зазначає, що це нічого не дає практиці, оскільки "законодавець диференціює караність суспільно небезпечних діянь між, але не всередині відповідної категорії ^[236].

Викладене дозволяє зробити певні висновки.

По-перше, суд у кожному конкретному випадку призначення покарання зобов'язаний відповідно до ст. 12 КК України визначити категорію злочину, до якої законодавець відносить вчинений злочин. Це важливе для з'ясування загальних правових наслідків конкретного вчиненого злочину, який відноситься до цієї категорії. Більше того, це зумовлене тим, що класифікація злочинів, визначена в ст. 12 КК, є не тільки підставою для індивідуалізації покарання (наприклад, при призначенні покарання, передбаченого в ст. 54 КК), яке призначається особі, але й має значення для застосування багатьох інших інститутів кримінального права, зокрема звільнення особи від покарання, заміні: невідбутої частини покарання більш м'яким, визначення строків погашення судимості тощо.

По-друге, призначаючи покарання, суд повинен установити й урахувати *індивідуальний ступінь тяжкості* вчиненого особою злочину, який зумовлений його конкретними об'єктивними та суб'єктивними ознаками.

Досліджуючи зміст поняття "ступінь тяжкості вчиненого", слід зазначити, що кримінальний закон не містить вичерпного переліку обставин, які характеризують індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого, як не визначає і ступеня впливу окремих із них на остаточну міру покарання.

Пленум Верховного Суду України, роз'яснюючи зміст цієї загальної засади, у п. 3 Постанови № 7 від 24 жовтня 2003 року "Про практику призначення судами кримінального покарання", указує, що, визначаючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, суди повинні виходити з класифікації злочинів (ст. 12 КК), а також з особливостей

конкретного злочину, обставин його вчинення (форма вини, мотив і мета, спосіб, стадія вчинення злочину, кількість епізодів злочинної діяльності, роль кожного зі співучасників, якщо злочин вчинено групою осіб, характер і ступінь тяжкості наслідків, що настали, тощо)^[237]. Орієнтуючи суд на з'ясування окремих обставин при індивідуалізації покарання, Пленум Верховного Суду України, проте, не визначає їх вичерпним чином через об'єктивну неможливість передбачити всю сукупність індивідуальних особливостей конкретних злочинів. Тонгу суд має самостійно вирішувати ці питання в кожному конкретному випадку з урахуванням усіх особливостей вчиненого злочину, ґрунтуючись при цьому на нормах Загальної частини КК України, які розкривають стадії вчинення злочину, поняття та види умислу чи необережності, форми співучасті та види співучасників, види множинності та інше.

У теорії кримінального права питання про коло обставин, які підлягають урахуванню судом при індивідуалізації покарання, вирішується вченими неоднозначно. Аналіз літератури дозволяє виділити такі погляди на це питання.

Перший: індивідуалізуючи покарання, суд повинен ураховувати лише ті обставини, які не передбачені як ознаки складу злочину^[238]. Підтримуючи цю позицію, А.А. Прохоров класифікує ці обставини таким чином: а) кількісні показники обов'язкових ознак складу злочину, які не одержали відбиття в диспозиції; б) особа підсудного; в) пом'якшуючі й обтяжуючі обставини; г) інші обставини, які враховуються судом при призначенні покарання (наприклад, поширеність злочинів у певному регіоні)^[239]

Другий: до кола таких обставин відносять тільки обставини, які знаходяться в межах типового ступеня тяжкості всіх злочинів цього виду^[240].

Третій: ступінь тяжкості вчиненого формують як обставини, що характеризують конструктивні ознаки складу злочину, так і обставини, що характеризують вчинений злочин, але знаходяться поза межами складу й не впливають на його кваліфікацію^[241]. Так, дотримуючись цієї позиції, В.І. Антипов дає таку класифікацію цих обставин: 1) обставини, які кореспондують з так званими кількісними ознаками відповідного юридичного складу злочину; 2) обставини, які кореспондують з так званими оцінними ознаками відповідного юридичного складу злочину; 3) обставини, які свідчать про вчинення більш або менш небезпечного з діянь, які у відповідному юридичному складі злочину передбачені як альтернативні; 4) обставини, які свідчать про наявність у поведінці особи кількох ознак (у тому числі кваліфікуючих), які у відповідному

юридичному складі злочину передбачені як альтернативні
[242]

Аналіз наведених точок зору показує, що перша та друга позиції є необґрунтовано вузькими, оскільки при індивідуалізації судом покарання враховуватися має не сама наявність певної ознаки в складі злочину, як це необхідно для кваліфікації, а ступінь її індивідуальної вираженості у вчиненому. Цей висновок впливає, по-перше, з розуміння терміна "ступінь" як *індивідуальної кількісної* характеристики певного явища, а по-друге, з розуміння сутності "ознаки складу злочину", яку законодавець завжди визначає виходячи з *найбільш загальних, типових особливостей певного виду злочину*

. Ще А.Н. Трайнін справедливо зазначав, що "кожний елемент злочину, передбачений законом, може бути виражений у житті більшою або меншою мірою, що істотно впливає на ступінь суспільної небезпечності конкретного діяння"

[243]

, і тому має бути оцінений і врахований судом при призначенні покарання. Перш за все по-різному можуть бути виражені в конкретних злочинах ознаки, визначені в диспозиції окремої статті за допомогою оцінних понять. Наприклад, "великий розмір", "насильство" тощо. Саме тому суд, індивідуалізуючи покарання, має виходити з *кількісної вираженості*

законодавчо передбачених у диспозиції статті ознак злочину, що дозволить найточніше визначити ступінь тяжкості конкретного злочину, призначити необхідну й достатню міру покарання в межах санкції конкретної статті Особливої частини КК. Наприклад, при обґрунтуванні обраної міри покарання суди посилаються на врахування індивідуальної характеристики предмета злочину, його кількісної вираженості. Так, вирішуючи питання про міру покарання стосовно підсудних Б. і П., визнаних винними у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК України, суд, урахувавши ступінь тяжкості злочину, поряд з іншими обставинами, правильно вказав також на кількість наркотичних засобів, придбаних кожним із підсудних

[244]

Водночас суду слід урахувати при призначенні покарання індивідуальні ознаки вчиненого, які, не будучи елементами складу злочину, характеризують ступінь небезпечності вчиненого. Визначаючи юридичний склад злочину, законодавець виходить із найбільш важливих і типових обставин, які зумовлюють типову тяжкість злочину, і тому може не врахувати деякі нетипові для певного виду злочинів, але при цьому значущі для ступеня тяжкості конкретного вчиненого діяння обставини. Наприклад, видається обґрунтованим урахувати при індивідуалізації покарання такі суспільно небезпечні наслідки злочину, які хоча й не названі в диспозиції статті, однак у певних випадках завдають істотної шкоди охоронюваним законом суспільним відносинам або створюють

загрозу завдання такої шкоди. Ці наслідки часто називаються такими, які винесені за межі складу злочину. На перший погляд, вони не мають кримінально-правового значення, оскільки не названі в диспозиції певної статті Особливої частини КК при опису об'єктивної сторони злочину. Однак такі наслідки перебувають у причинному зв'язку з вчиненням та охоплюються (або могли охоплюватися) свідомістю винного і, разом із тим, не являють собою ознак іншого, більш тяжкого злочину. Такі наслідки можуть впливати на ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину. До їх числа можна віднести, наприклад, забруднення значної території чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень потерпілим при транзиті через територію України речовин або матеріалів, що належать до категорії небезпечних відходів і забороняються до ввезення. Наявність цих наслідків не може бути не врахована судом при призначенні покарання винному за ч. 2 ст. 268 КК України.

Отже, на нашу думку, зміст загальної засада "врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину" слід розуміти як *врахування судам своєрідності конкретного діяння стосовно інших злочинів того ж виду, тобто врахування індивідуальної кількісної характеристики тяжкості ознак вчиненого* : індивідуальних особливостей безпосереднього об'єкта злочину, характеру діяння, тяжкості (характер і розмір заподіяної шкода) наслідків, форми й виду вини, способу вчинення злочину тощо.

Недостатнє врахування ступеня тяжкості вчиненого є однією з причин зміни й скасування вироків, оскільки зумовлює призначення винному покарання, яке не відповідає принципам і загальним засадам його призначення. Так, вирок суду Ф. засуджено за ч. 3 ст. 185 до 3 років позбавлення волі.

Ф. визнано винним у тому, що він, проникнувши до житла громадянки В., таємно викрав курей вартістю 72 грн., а наступного дня повторно, таким же чином викрав ще 9 курей вартістю 136 грн.

Суд визнав Ф. винним у вчиненні двох умисних злочинів, передбачених ч. 3 ст. 185 КК України, однак, призначаючи покарання, не врахував, що крадіжки курей винний вчинив через тяжке матеріальне становище; матеріальні збитки, завдані злочином, потерпілим відшкодовані; засуджений щиро розкався; він має на утриманні дружину та малолітню дитину. У зв'язку з тим призначене покарання було змінено. Застосувавши ст. 69 КК України, суд призначив Ф. покарання у вигляді позбавлення волі на 1 рік 6 місяців^[245].

Прикладом недостатнього врахування судом ступеня тяжкості вчиненого може виступати також вирок суду, яким було засуджено В. за ч. 1 ст. 121 КК України до трьох років позбавлення волі, а за ч. 2 ст. 125 КК України — на шість місяців виправних робіт з відрахуванням 10 % із суми заробітку в дохід держави. Із застосуванням ст. 70 КК України В. було призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком на 3 роки. Відповідно до ст. 75 КК України засудженого було звільнено від відбування покарання з випробуванням строком на один рік.

В. визнано винним у тому, що він у стані алкогольного сп'яніння у сварці із Ш., умисно заподіяв їй тяжкі тілесні ушкодження, а через певний час повторно в стані алкогольного сп'яніння у сварці із Ш. умисно заподіяв їй легкі тілесні ушкодження, що спричинили короточасний розлад здоров'я.

Суд, визнавши В. винним у вчиненні двох умисних злочинів, у тому числі й тяжкого, передбаченого ч. 1 ст. 121 КК України, призначаючи покарання, не врахував ступінь тяжкості вчинених ним злочинів, а також те, що засуджений В. вчинив обидва злочини у стані алкогольного сп'яніння. У вирокі також не було наведено переконливих мотивів стосовно можливості виправлення винного В. без відбування покарання. За таких обставин вирок було скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд^[246].

Ураховуючи недоліки в практичній діяльності судів при індивідуалізації покарання, необхідно, як видається, мотивуючи обрану міру покарання, указувати всю сукупність індивідуальних ознак вчиненого.

Підсумовуючи розгляд такої загальної засади, як "врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину", можна зробити такі висновки:

1) врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину являє собою самостійне правило призначення покарання;

2) врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину передбачає, по-перше, те, що суд у кожному конкретному випадку призначення покарання зобов'язаний відповідно до ст. 12 КК визначити категорію злочину, до якої законодавець відносить вчинений злочин, а по-друге, у межах категорії обґрунтувати ступінь тяжкості конкретного злочину,

обумовлений конкретними об'єктивними й суб'єктивними його ознаками.

Призначення покарання з урахуванням особи винного

Другою загальною засадою, передбаченою в п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, є правило обов'язкового врахування судом особи винного. Це правило має особливе значення, що зумовлено перш за все принципом індивідуалізації покарання. Справедливо відзначав А.Ф. Коні: "З усіх обставин справи зазвичай найголовніша — сам підсудний"^[247].

Аналіз практики призначення судами покарання свідчить, що суди стикаються з певними труднощами при індивідуалізації покарання з урахуванням особи винного. Через це дослідження змісту поняття "особа винного" та його структурних елементів становить не тільки теоретичний, але й практичний інтерес.

Відсутність єдиного тлумачення поняття особи винного в теорії кримінального права зумовлена багатьма причинами. Слід погодитись з С.А. Велієвим, який пояснює це становище такими обставинами: а) надзвичайною складністю об'єкта, що вивчається; б) недостатньою розробленістю загальної теорії особи, що ґрунтується на новій системі соціальних цінностей, без якої кримінально-правові розробки позбавлені міцного наукового фундаменту; в) відсутністю або недооцінкою диференційованого підходу до вивчення особи залежно від специфіки предмета й завдань кримінології, кримінального права й інших досліджень; г) досить вузьким розумінням системи соціальних вимог щодо врахування особи винного в процесі призначення покарання^[248].

У ст. 65 КК 2001 року не розкривається зміст загальної засади — врахування особи винного. У теорії кримінального права поняття "особа винного" є дискусійним. Немає однастайності думок навіть про те, предметом якої з наук — кримінального права, кримінології, юридичної соціології, судової психології, психіатрії — є проблема особи, винної у вчиненні злочину. Більшість дослідників цієї проблеми правильно визначають,

що поняття "особа" може бути предметом різних суспільних наук, оскільки воно багатогранне, багатоаспектне, а отже, його зміст може бути різним залежно від мети дослідження.

Аналіз особи винного як однієї з загальних засад призначення покарання в кримінальному праві передбачає, по-перше, розкриття поняття "особа" як психологічної, філософської, соціальної категорії, оскільки ці науки найбільш глибоко й всебічно визначають особистість людини, висвітлюють її індивідуальні соціальні ознаки; по-друге, як кримінально-правової категорії, що стосуються людини, яка вчинила злочин.

Вивченням проблеми особи у філософії займається соціальна філософія, де особа розглядається в її взаємозв'язку з суспільством і визначається як найбільш високий ступінь розвитку людини: стійка сукупність соціально пінних якостей, які характеризують індивіда як унікальну суб'єктивність, здатну освоювати і змінювати мир^[249].

Психологія ж досліджує психологічні властивості, стани та прояви особи, її індивідуально-психологічні особливості: характер, темперамент, вік та інше. Так, у загальній психології поняття "особа" тлумачиться як певне ядро, інтегруюче начало, що зв'язує воедино різні психічні процеси індивіда й надає його поведінці необхідної послідовності та сталості^[250].

У соціології особа розуміється як суб'єкт суспільних відносин, а тому вивчаються її соціальні якості, соціальний статус, соціальні позиції та соціальні ролі^[251]. Тобто соціологічні характеристики особи розкривають не тільки її соціальний зміст, а й процес її формування, протягом якого особа, крім загальносоціальних, набуває рис, обумовлених специфікою життєдіяльності. Соціологічний аналіз передбачає виділення та вивчення певних типових соціальних ознак особи, що утворюють цілісність і є необхідними для виконання соціальних функцій.

Більш інтегровано вивчає особу соціальна психологія, де особа досліджується як з позиції психології, так і з позиції соціології. Тому, як уявляється, у понятті "особа" в межах соціальної психології найбільш повно відображається зв'язок біологічного, природного і соціального в людині, оскільки ця наука "покликана розкривати всю структурну складність особи, що є одночасно як об'єктом, так і суб'єктом суспільних відносин, являє собою органічну єдність соціального й біологічного, соціального й психологічного, специфічного й індивідуально-неповторного"^[252].

Аналіз наведених позицій щодо поняття "особа" дозволяє видалити такі загальні особливості, що найбільшою мірою виражають його суть:

1) особа є надскладною, цілісною системою історично обумовлених індивідуально-неповторних особливостей конкретної людини, які біологічно зумовлені та формуються під впливом соціальних умов її життя. Цілісність і системність людської особи виключає можливість її розуміння як простого набору індивідуальних особливостей і властивостей і зумовлює необхідність повного, глибокого й всестороннього дослідження;

2) особа — це поняття, що виражає соціально-психологічну суть людини, сукупність її соціальних якостей, що формуються в різних умовах суспільної діяльності й відносин^[253]. Правильно відмічає Н.С. Лейкіна: "Людину як особу формує не тільки вся сукупність матеріальних відносин, але й політичні, ідеологічні, правові, етичні, побутові, сімейні, культурні й інші відносини, що становлять суспільне буття і суспільну свідомість"^[254]

;

3) структуру особи складають її психо-, соціо-, біологічні особливості, що взаємопов'язані та взаємозалежні. "Соціальне й біологічне в ній існує не поряд, а виступає в єдності й взаємообумовленості. Особа не відокремлена від людини, від її фізичних, психічних й інших особливостей"^[255]. Водночас домінуюча роль у структурі особи належить її соціальним властивостям, соціальній суті^[256].

У кримінології, кримінальному процесі, криміналістиці й кримінальному праві є свої аспекти, свої завдання вивчення особи. На відміну від соціології, психології та філософії, де досліджується особа будь-якої людини, у цих науках вивченню підлягає особа, яка вчинила злочин, у зв'язку з його вчиненням. Тому при дослідженні ознак особи, яка порушила кримінальний закон, необхідно брати до уваги як загальні ознаки, властиві будь-якій особі, так і антисоціальні властивості конкретної особи, які пов'язані з вчиненням злочину. Такий підхід ґрунтується на якісній відмінності особи винного у вчиненні злочину від особи законослухняного громадянина. Тому в кримінальному праві дослідження особи, яка вчинила злочин, має свою специфіку. Як справедливо зазначає В.В. Устименко, з позиції кримінального права особа характеризується у двох напрямках: 1) особливостями, які характеризують особу як суб'єкта злочину і впливають на кваліфікацію злочину, характер і ступінь його суспільної небезпечності; 2) особливостями

особи винного, що враховуються при індивідуалізації покарання і його реалізації^[257].

Саме тому, досліджуючи проблему особи винного, не можна обійти увагою питання про співвідношення понять "суб'єкт злочину" і "особа винного". Незважаючи на тісний взаємозв'язок цих понять, зумовлений тим, що вони характеризують особу, яка вчинила злочин, не можна їх ототожнювати. Суб'єкт злочину — це кримінально-правове поняття, що має юридичне значення обов'язкового елемента складу злочину. Ознаки особи як суб'єкта злочину передбачені в законі: це фізична осудна особа, яка досягла певного віку до вчинення злочину (ч. 1 ст. 18 КК). У деяких випадках необхідні ще й певні спеціальні ознаки суб'єкта злочину, визначені в кримінальному законі.

Однак ці особисті ознаки суб'єкта злочину не вичерпують усієї сукупності ознак особи винного у вчиненні злочину. Особа винного — категорія, похідна від поняття "особа людини". Тому, по-перше, "особа винного" — це суворо індивідуальна сукупність властивостей, а по-друге, "особа винного" — це "сукупність найбільш характерних властивостей та особливостей, що визначають людину як соціальну істоту"^[258] і тому становлять соціально-психологічну характеристику

особи, винної у вчиненні злочину

. У зв'язку з цим загальнообов'язковим є правило, передбачене в ст. 65 КК, ураховувати особу винного зобов'язує суд досліджувати властивості особи, до яких відносяться: фізіологічні особливості; психологічні характеристики; соціальні характеристики особи як члена суспільства; її правовий статус.

Різним є і функціональне призначення цих понять у теорії кримінального права: ознаки, що характеризують суб'єкта злочину, виступають однією з підстав кримінальної відповідальності, а ознаки, що визначають особу винного, — підставою індивідуалізації відповідальності та покарання^[259].

Аналіз історії розвитку питання про врахування особи винного при призначенні покарання дозволяє стверджувати, що це положення загальних засад призначення покарання по-різному визначалося протягом усього історичного розвитку кримінального законодавства України. Так, у ст. 24 КК УРСР 1922 року, у ст. 30 Основних засад кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1924 р. та в ст. 42 КК УРСР 1927 року було закріплено: "При визначенні міри покарання враховуються ступінь і характер небезпечності як самого злочинця, так і вчиненого ним злочину", а також "особа злочинця"^[260]. У ст. 32 Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік від 25 грудня 1958 року та в ст. 39 КК 1960 року законодавцем цей термін був об'рунтовано замінений на термін "особа винного", прийнятий новим КК України 2001

року.

Якщо звернутися до змісту термінів "особа злочинця" та "особа винного", то можна зробити висновок про те, що вони не тотожні й мають свої специфічні ознаки. У зв'язку з цим у літературі справедливо наголошується, що між поняттями "особа злочинця" і "особа винного" немає тотожності, оскільки сама соціальна фігура — особа, яка вчинила злочин, — розглядається в різних ракурсах, під кутом зору кримінологічним і кримінально-правовим^[261]. У зв'язку з цим важко погодитись із співвідношенням понять "особа злочинця" і "особа винного" як "цілого" і частини", як це вважає О.Б. Кургузкіна, зазначаючи при цьому, що кримінологічна категорія "особа злочинця" включає багато ознак понять "особа винного" і "суб'єкт злочину", але, разом із тим, характеризує найбільш багатогранно особу того, хто скоїв злочин, включаючи складний комплекс ознак, які йому притаманні та які мають велике значення для характеристики особи злочинця з точки зору кримінології^[262].

Безумовно, судова практика є емпіричною базою для кримінологічних досліджень і саме тому має величезне значення для вивчення особи з точки зору кримінології. Однак, по-перше, всі характеристики особи винного — це особливості кожної конкретної особи, винної у вчиненні злочину, тому вони істотно відрізняються від типових, найбільш істотних, закономірних характеристик особи злочинця, які є предметом дослідження кримінології. У зв'язку з цим у літературі справедливо зазначається, що особа злочинця не може розглядатися лише на рівні конкретної особи, що вчинила злочин. Ніяка, навіть найбільш повна, характеристика особи не вичерпує сутності злочинця як родового кримінологічного поняття^[263]. По-друге, кримінологічне дослідження "особи злочинця" здійснюється поза зв'язком із конкретним злочином, вчиненим винним, і є предметом самостійного вивчення, а дослідження "особи винного" як кримінально-правового поняття зумовлюється метою встановлення й обрання оптимальних заходів кримінально-правового впливу на певну конкретну особу, яка вчинила злочин. Тому обсяг і зміст цих понять відповідно до мети дослідження може бути різним.

Незважаючи на різне значення понять "особа злочинця" і "особа винного", досить тривалий час вони ототожнювались як у теорії кримінального права, так і в кримінології, що є методологічно помилковим. Подібну помилку допускають й деякі з дослідників і сьогодні. Так, В.Г. Павлов, розглядаючи поняття особи злочинця, відзначає, що в кримінальному законі особа злочинця виступає як одна з підстав індивідуалізації кримінальної відповідальності та кримінального покарання^[264]. В.В. Устименко, вважаючи, що особа злочинця — міжгалузеве поняття, зазначає, що "соціальні, психологічні й біологічні особливості особи злочинця, виступаючи разом із діянням підставою кримінальної відповідальності, певним чином детермінують характер і ступінь суспільної небезпечності делікту в цілому, маючи при цьому різний ступінь

інтенсивності"»

[265].

Як уявляється, таке ототожнення понять "особи винного" й "особи злочинця" необґрунтоване й не відповідає положенням чинного кримінального законодавства, оскільки в КК 2001 року законодавець не застосовує при конструюванні норм поняття "особа злочинця".

Тому слід вважати правильним і методологічно обґрунтованим застосування в ст. 65 КК, що розкриває правила призначення покарання, терміна "особа винного", оскільки покарання призначається лише при доведеності складу злочину, в тому числі й вини особи.

Характеризуючи поняття "особа винного", слід зазначити, що, незважаючи на його теоретичне й практичне значення в теорії кримінального права, однозначного формулювання змісту цього поняття немає.

Так, П.С. Дагель вважав, що під особою винного слід розуміти сукупність соціально-політичних, психічних і фізичних ознак особи, що вчинила злочин, які мають кримінально-правове значення^[266].

В.І. Ткаченко та деякі інші вчені розрізняють лише біологічні й соціальні властивості особи винного^[267].

На думку інших науковців, слід визначати більш широке коло цих обставин: 1) обставини, які знайшли вираз у поведінці особи, що передувала вчиненню злочину; 2) обставини, безпосередньо пов'язані з вчиненням злочину; 3) обставини, що характеризують психологічні, біологічні й психічні властивості особи^[268].

На думку Н.С. Лейкіної та деяких інших учених, особа винного, як і особа будь-якої іншої людини, багатогранна, тому вона охоплює, крім психологічних ознак, і соціальні ознаки, що виявляють її суспільну сутність^[269]. При цьому, як вважає Н.С. Лейкіна, суд, призначаючи покарання, має враховувати обставини, що характеризують особу винного

до, під час і після вчинення злочину.

Н.Ф. Кузнецова та деякі інші вчені до цих особливостей, крім тих, що зазначені Н.С. Лейкіною, відносять кримінально-правові, фізичні та інші особливості особи винного^[270]. Разом із цим, вони наголошують, що "необхідно враховувати важливу поведінку особи до і після вчинення злочину: ставлення до роботи і навчання, спосіб життя, заслуги перед Батьківщиною, поведінка в сім'ї, побуті, громадських місцях та інші обставини, що позитивно або негативно її характеризують"^[271]

Аналізуючи висловлені позиції, необхідно, по-перше, відзначити, що в змісті багатьох із них необґрунтовано звужується сутність поняття "особа винного", що можна пояснити недостатньо точним розумінням структури особи людини, яка є визначальною, початковою для розуміння змісту поняття "особи винного". Тому, якщо розуміти особу як складну систему, що має психосоціобіологічну структуру, то найбільш правильно уявляється позиція вчених, які, характеризуючи особу винного, вважають, що суд повинен досліджувати чотири сторони життя і діяльності людини: 1) фізичний стан; 2) психічний стан; 3) соціальний статус; 4) правовий статус.

По-друге, важко погодитися з думкою тих науковців, які вважали, що негативні й позитивні характеристики особи винного, що враховуються судом при обранні міри покарання, в обов'язковому порядку повинні знайти відображення у вчиненому злочині^[272]

Оскільки врахування судом особи винного підпорядковано законодавчо визначеній меті покарання, її видам, то коло обставин, які має враховувати суд при призначенні покарання, залежить від того, яку саме мету ставить закон перед покаранням на певному історичному етапі. У різні часи, у різних правових системах перед покаранням ставилася різна мета: відплата, залякування, соціальний захист, ресоціалізація, попередження злочинів^[273]

. На сьогодні в ч. 2 ст. 50 КК України чітко визначено, що "покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами". Конкретизуючи мету в ч. 2 ст. 50 КК, законодавець зобов'язав суд при призначенні покарання всебічно підходити до дослідження й урахування особи винного, не обмежуючись тими особливостями особи, які виявилися у вчиненому злочині. Як справедливо зазначалося в літературі, тільки "максимально повне врахування особистих властивостей засуджених — базовий чинник у реалізації мети покарання"^[274]

. Саме тому при призначенні покарання суд, виходячи з мети покарання і керуючись принципом гуманізму, повинен урахувувати такі характеристики винного, як інвалідність, похилий або молодий вік та інші ознаки. Ці ознаки, як уявляється, не пов'язані з обставинами вчиненого злочину, але мають велике значення для індивідуалізації покарання, оскільки, характеризуючи особу винного, дозволяють визначити *необхідне та достатнє*

покарання винному, що відповідає принципам його призначення. Щоб призначити обґрунтоване покарання, яке забезпечить досягнення визначеної законом мети, суд повинен оцінити особливості винної особи не тільки безпосередньо у зв'язку з вчиненим нею злочином, а й її характеристику *до, під час і після його вчинення*

. Тільки така сукупна оцінка дозволить суду визначити вид і розмір покарання, яке може забезпечити досягнення його мети.

По-третє, досліджуючи зміст поняття "особа винного", слід виходити з того, що особа винного, як і будь-якої законотворчої людини, індивідуальна, неповторна, "вона характеризується властивим тільки їй співвідношенням різних особливостей і якостей, позитивних і негативних"^[275]. Саме через багатогранність її природи неможлива в повному обсязі конкретизація всіх обставин, що характеризують особу винного, безпосередньо в нормах кримінального законодавства. Розглядаючи цю проблему, В.Д. Филимонов справедливо зазначає, що "навіть якщо б це завдання вдалося вирішити, правова норма набула б настільки складного характеру, що користуватися нею було б дуже важко. Вірогідність помилок при її застосуванні була б значною"

^[276]

. До певної міри цим пояснюється те, що законодавець у ст. 65 КК України вказує лише на необхідність урахування

особи винного

, не визначаючи кола обставин, які необхідно брати до уваги суду при призначенні покарання.

У постановах про призначення кримінального покарання, що діяли в різний час, Пленум Верховного Суду України намагався конкретизувати ознаки особи. Проте й тут визначалися лише окремі, найтипівіші її характеристики. Так, у постанові Пленуму Верховного Суду України № 10 від 25 грудня 1981 р. вказувалося, що "суди повинні з достатньою повнотою досліджувати дані про особу підсудного, перш за все, ставлення підсудного до праці, навчання, працездатність, стан здоров'я, сімейний стан, дані про судимість"^[277]. У постанові № 6 від 29 червня 1990 р. до цієї характеристики було додано обов'язковість установа судом при обранні міри покарання "громадських обов'язків, поведінку на виробництві і в побуті"^[278]. А в постанові № 22 від 22 грудня 1995 р. рекомендувалося враховувати ще й поведінку до вчинення злочину, його минуле (крім судимостей, і наявність адміністративних стягнень). Розкривалося також, які саме дані про сім'ю суд повинен урахувувати: наявність на утриманні дітей і осіб похилого віку,

стан їх здоров'я, матеріальне становище сім'ї, тощо. Перелік обставин, що характеризують особу винного і повинні враховуватися судом при призначенні покарання, визначено і в Постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 "Про практику призначення судами кримінального покарання"^[279]

Наведене свідчить про те, що, виходячи з багатогранності й індивідуальності поняття "особа винного", ні закон, ні суд не в змозі дати вичерпний перелік ознак особи винного. Це пояснюється перш за все тим, що саме поняття "особа" застосовано лише до конкретної людини, а отже, не може мати узагальнюючого значення.

Правильно вважав М.І. Бажанов, що більш конкретне формулювання в нормах закону ознак особи винного, які необхідно враховувати суду при індивідуалізації покарання, звузило б можливості врахування індивідуальних ознак винного, притаманних лише йому^[280]

, а тим самим не відповідало б принципу індивідуалізації покарання. Це й обґрунтовує відсутність у кримінальному законодавстві вичерпного переліку обставин, що характеризують особу винного.

Аналізуючи зміст загального правила — врахування особи винного при призначенні покарання, слід зазначити, що багато обставин, які характеризують особу винного (наприклад, ознаки, що характеризують соціальну роль і правове становище суб'єкта: громадянство, перебування на військовій службі, службове становище та інше), у деяких випадках передбачаються законодавцем як обов'язкові або кваліфікуючі ознаки складу злочину і, отже, впливають на кваліфікацію вчиненого. У такому випадку вони є спеціальними ознаками суб'єкта злочину і тому не можуть повторно враховуватися судом при індивідуалізації покарання, оскільки вже враховані законодавцем при конструюванні санкції певної статті. Тому уявляється помилковим вважати, що такі ознаки необхідно також ураховувати судом при індивідуалізації покарання^[281].

Але судом можуть бути враховані конкретні, індивідуальні особливості прояву певних обставин, що характеризують суб'єкта злочину. Наприклад, у чому виявилася жорстокість при вчиненні конкретною особою умисного вбивства з особливою жорстокістю або кількість вчинених особою умисних вбивств, при призначенні покарання за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК. У такому випадку не буде подвійного врахування окремих обставин, оскільки суд оцінює й ураховує лише індивідуальні особливості прояву законодавчо передбачених ознак складу злочину.

Досліджуючи цю проблему, слід зазначити, що безпосередньо в п. 3 ч. 1 ст. 65 КК законодавець, зобов'язуючи суд при призначенні покарання враховувати обставини, які характеризують ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного й ті, що пом'якшують чи обтяжують покарання, у сукупності визначає індивідуальну юридичну природу та їх значення. Саме тому, як свідчить аналіз судової практики, вирoki підлягають зміні чи скасуванню у випадку, якщо суд, призначаючи покарання, ураховував тільки обставини, що характеризують особу винного, або, наприклад, тільки обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання, незважаючи на те, що в справі мала місце їх сукупність.

Розглядаючи питання про необхідність відмежування обставин, передбачених законодавцем у ст. ст. 66 і 67 КК, від обставин, що характеризують особу винного, особливості вчиненого діяння, необхідно відзначити гостродискусійний характер цього питання не тільки в теорії кримінального права, але й у практичній діяльності судів. Грунтуючись на аналізі літератури, можна визначити два напрями дискусії, що ведеться в теорії кримінального права з цього питання. Так, деякі автори вважають, що обставини, які обтяжують чи пом'якшують покарання, характеризують або особу винного, або ступінь тяжкості вчиненого, або відносяться до особи винного і ступеня тяжкості вчиненого одночасно і тому не мають самостійного значення для індивідуалізації покарання^[282]. Інші вчені дотримуються протилежної точки зору, висловлюючись про самостійне значення обставин, що характеризують ступінь тяжкості вчиненого, особи винного й обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання. Зокрема, Л.Л. Кругліков вважає, що обставини, які характеризують особу винного, мають самостійне значення і тому повинні враховуватися судом при призначенні покарання незалежно від того, згадані вони в переліку пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин чи не згадані; є в конкретній справі обставини (повторність, стан сп'яніння), яким з урахуванням даних про особу може бути не надано юридичного значення, або їх не існує; має право суд визнати конкретні дані про особу як такі, що обтяжують, пом'якшують покарання, чи не має такого права ^[283].

Досліджуючи цю проблему, по-перше, слід зазначити, що виходячи з аналізу ч. 3 ст. 65 КК, обставини, які характеризують особу винного, мають свою специфіку і самостійний вплив на призначення покарання. Водночас деякі з обставин, що пом'якшують чи обтяжують покарання, характеризують особу винного. Однак виходячи зі специфіки обставин, що характеризують особу винного, обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання, і змісту положень п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, суд обов'язково повинен установлювати й ураховувати кожну з цих обставин в сукупності з іншими. Урахування лише обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання, приводить до порушення принципу індивідуалізації покарання. Аналіз судової практики свідчить про те, що у випадках, коли суди однобічно підходять до оцінки й урахування обставин вчиненого злочину та особи винного (ураховують тільки обставини, що характеризують особу винного, або тільки

обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання, незважаючи на те, що у справі мала місце сукупність цих обставин), постановлені вироки підлягають скасуванню чи зміні.

Отже, як показує аналіз ч. 3 ст. 65 КК, найбільш точно визначає юридичну природу обставин, що характеризують особу винного, та їх співвідношення з іншими видами загальних засад призначення покарання таке:

1) врахування обставин, що характеризують особу винного, є загальнообов'язковим правилом призначення покарання;

2) зміст цього загального правила не складають обставини, що характеризують ступінь тяжкості вчиненого, та обставини, які пом'якшують чи обтяжують покарання;

3) врахування особи винного обмежується тими обставинами, що не є ознаками складу злочину.

Таким чином, є обґрунтованим розуміння загальної засади щодо "врахування особи винного" як загальнообов'язкового правила врахування судом усієї сукупності особливостей, що як позитивно, так і негативно характеризують особу винного (його фізичний, психічний і психологічний стан, соціальний і правовий статус), які мають значення для індивідуалізації покарання і які мали місце до, під час або після вчинення злочину

Хоча ці обставини є значущими для призначення покарання, аналіз судової практики свідчить про недостатню увагу, поверхове ставлення судів до реалізації цієї загальної засади, на що неодноразово зверталася увага в постановках Пленуму Верховного Суду України, узагальненнях судової практики, які здійснювалися Верховним Судом України^[28]
4]

Оцінка вироків у 345 кримінальних справах, що розглядалися Верховним Судом України та судами м. Луганська, дає змогу говорити, що в середньому у вирокі наводиться не більше 3–4 обставин, які характеризують особу винного. Як правило, у вирокі при

обранні міри покарання суди першої інстанції обмежуються лише посиланням на те, що особа щиро розкалася, визнала вину, сприяла розкриттю злочину — 37 %; на характеристику винного на виробництві та в побуті — 25 %; дані про судимість або їх відсутність — 31 %; відомості про відшкодування збитку — 30 %; дані про наявність неповнолітніх дітей — 15 %; про вік винного — 9 %. Аналіз матеріалів, що наводяться, свідчить про недостатнє врахування судами обставин, які характеризують стан здоров'я членів сім'ї (батьків, дружини, дітей, які потребують постійного догляду), вид співучасті, стан алкогольного сп'яніння винного. Суд, індивідуалізуючи покарання, також у багатьох випадках не враховує ту обставину, що новий злочин вчинено винним у період відбування покарання або в період іспитового строку. Суди здебільшого необґрунтовано застосовують ст. 75 КК України. Так, невідповідність призначеної міри покарання особливостям особи винного було визнано Апеляційним судом, яким скасовано вирок суду першої інстанції щодо Р., засудженого за ч. 3 ст. 185 КК України до 3 років позбавлення волі зі звільненням на підставі ст. 75 КК від відбування покарання з іспитовим строком на 2 роки. Підставою скасування вироку було те, що Р. раніше неодноразово був судимий, після звільнення з місць позбавлення волі на шлях виправлення не став і менше ніж через півроку після відбуття покарання знову вчинив злочин

[285]

.

Серйозною негативною характеристикою особи є вчинення злочину протягом іспитового строку, призначеного відповідно до ст. 75 КК України. Саме тому Пленум Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 р. "Про практику призначення судами кримінального покарання" справедливо рекомендував судам не застосовувати повторно до таких осіб звільнення від відбування покарання з випробуванням під час справи про новий злочин"^[286]. Обґрунтованою видається також рекомендація судам не застосовувати до таких осіб більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, оскільки вчинення ними злочину в період відбування покарання, як правило, негативно характеризує цих осіб і не може свідчити про істотне зниження ступеня їх суспільної небезпечності. У зв'язку з цим уявляється доцільним доповнити абз. 4 п. 10 цієї постанови, виклавши його таким чином: "Виходячи з того, що відповідно до ч. 2 ст. 75, ч. 3 ст. 78 КК вчинення протягом іспитового строку нового злочину є підставою для направлення засудженого для відбування призначеного покарання, рекомендувати судам не застосовувати повторно до таких осіб звільнення від відбування покарання з випробуванням під час розгляду справи про новий злочин, *та не застосовувати до таких осіб більш м'якого покарання, ніж передбачено законом*"

.

Аналіз судової практики дає підставу говорити про недостатню увагу судів до дослідження психічного стану винного, його психологічних особливостей. Водночас у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 р. "Про практику

призначення судами кримінального покарання" як і в раніше чинних постановях Пленуму з цих питань не надається яких-небудь роз'яснень щодо врахування психічних і психологічних особливостей винного. Ще в 1980-х роках на це звертала увагу Н.С. Лейкіна, яка зазначала, що "у суддів немає чіткого уявлення про те, якою мірою психологія конкретного злочинця повинна враховуватися при вирішенні питання про покарання"^[287]. Проте врахування психологічних особливостей винної особи при призначенні покарання є вагомою складовою оцінки особистих ознак конкретного винного: темпераменту, віку, статі й інших природних властивостей, що впливають на поведінку.

Правильно писав відомий психолог С.Л. Рубинштейн, що у формуванні особи істотну роль відіграють психологічні властивості людини. На його думку, "будучи зумовлені зовнішньою дією, психологічні процеси зумовлюють поведінку, опосередковуючи залежність поведінки від об'єктивних умов"^[288].

Психологічна характеристика особи складається з динамічних тенденцій — потреб і мотивів, установок, ціннісних орієнтацій і відносин особи; можливостей, що реалізуються за допомогою задатків, здібностей, обдарованостей, інтелекту, а також характеру та самопізнання^[289]. Саме тому при призначенні покарання важливим завданням суду є оцінка й урахування таких особистих ознак, що дозволить сформулювати уявлення про психологічну характеристику особи винного, визначитися з випадковістю або закономірністю вчинення ним злочину, установити причини вчиненого [290] і на основі цього обрати міру покарання, максимально ефективну для досягнення мети покарання. Виявлення психологічних особливостей особи винного є умовою розкриття певних процесів індивідуальної свідомості особи, її реакції на призначене покарання.

Принципове значення має не просто злочинна мотивація, а саме такі стани людської психіки, як стрес^[291], афект, реакція на випадкову ситуативність та інші. В.М. Кудрявцев, виходячи з того, що будь-який злочин є актом людської поведінки, наголошує, що тут має місце психологічно доволі активність особистості, тобто така активність, за якої усвідомлюються поставлена мета й мотиви і залишається наявність контролю за самим процесом антисуспільної поведінки [292]. Мова йде про свідому поведінку, яка для суб'єкта наповнена певним змістом, у тому числі й негативним. При цьому особливий інтерес для суду при індивідуалізації покарання має встановлення змін у меті та мотиві вчинення діяння, наприклад, коли особа, яка мала намір із помсти вбити всіх членів родини свого недруга, залишила живими дітей і старих з відчуття жалості [293]

Індивідуалізуючи покарання, суд повинен також установлювати рівень культури, знань винного. Досліджуючи особу винного, необхідно робити поправку на національно-історичну систему понять і цінностей, тобто "враховувати, що представник іншого народу може бачити світ трохи інакше..."^[294]. Урахування цих особливостей дозволить не тільки більш об'єктивно встановити причини вчиненого злочину, але й визначити найбільш ефективно покарання винному.

Серед даних, що характеризують особу винного у вчиненні злочину, важливу роль при призначенні покарання відіграють також соціально-психологічні особливості, зумовлені віком, статтю винного. Людина — істота соціальна, тому зі зміною віку відбуваються не тільки фізіологічні зміни її організму, але й соціальні зміни особи. З часом змінюється і її найближче оточення (мікросередовище), та й суспільство в цілому. Змінюються умови, у яких живе людина, соціальні функції, досвід, звички, способи реагування на конфліктні ситуації, її прагнення, бажання, коло інтересів і потреб; відбувається становлення і розвиток особи. Усі ці зміни позначаються як на поведінці окремої людини в різному віці, так і на структурі злочинності в цілому, якщо її проаналізувати в розрізі вікових груп. У зв'язку з цим слід погодитися з Л.А. Прохоровим, який уточнював, що "в цих випадках підлягає врахуванню не сам вік, а ступінь соціальної та духовної зрілості особи, який (ступінь) у різних людей може розрізнятися зовсім не у зв'язку з кількістю прожитих років"^[295].

Принципове значення при призначенні певної міри покарання винному має й установлення та оцінка освітнього, професійного і культурного рівнів, які у своїй сукупності справляють істотний вплив у цілому на поведінку особи, сферу її інтересів, коло спілкування, вибір способів реалізації життєвих потреб.

Беручи до уваги викладене, уявляється доцільним рекомендувати Пленуму Верховного Суду України у постанові № 7 від 24 жовтня 2003 року роз'яснити судам необхідність урахування психічних і психологічних особливостей винного, а саме: характеру, темпераменту, потреб і мотивів, установок, ціннісних орієнтацій і ставлення особи до інших, рівень інтелектуального розвитку та ін. У зв'язку з цим п. 3. цієї постанови слід викласти в такій редакції: "Досліджуючи дані про особу винного, суд повинен з'ясувати його вік, стан здоров'я, психічні та *психологічні особливості (характер, темперамент, потреби й мотиви, установки, ціннісні орієнтації, рівень інтелектуальною розвитку)*, поведінку до вчинення злочину як у побуті, так і за місцем роботи чи навчання, його минуле (зокрема, наявність незнятих чи непогашених судимостей, адміністративних стягнень), склад сім'ї (наявність на утриманні дітей та осіб похилого віку), його матеріальний стан тощо". Це буде сприяти більшій індивідуалізації покарання при його призначенні винному.

Призначаючи покарання, суд має враховувати також і соціальну характеристику особи винного у вчиненні злочину, що дозволить найбільш точно визначити соціальне обличчя особи, її моральні якості. Тому уявляється необхідним з'ясувати соціальну характеристику особи як члена суспільства, спосіб життя, у якому виявилися її індивідуальні риси^[296] і багато в чому визначається злочинна поведінка. Аналіз антигромадського способу життя, — зазначає Є.К. Флоря, — фактично означає дослідження самого життя особи як конкретної сукупності форм діяльності, що включає її сімейно-побутову діяльність, роботу, оточення тощо^[297]. Значення при цьому має інформація, одержана з місця навчання, роботи або служби; довідки з місця проживання, про склад сім'ї; свідчення знайомих, товаришів, близьких; відомості про судимість, адміністративні стягнення; відомості про її заслуги перед Батьківщиною, про суспільну діяльність тощо. Так, наприклад, обвинуваченого в порушенні Правил дорожнього руху, що спричинило смерть потерпілого, негативно характеризуватиме систематичне, грубе порушення Правил дорожнього руху. Ці обставини в обов'язковому порядку повинні бути враховані судом при індивідуалізації покарання. Однак, як свідчить аналіз судової практики, суди часто обметуються характеристиками винного, одержаними з місця навчання, роботи, проживання.

Для індивідуалізації покарання серйозне значення має з'ясування сімейного стану, поведінки підсудного в сім'ї, чи перебувають на його утриманні неповнолітні діти, батьки похилого віку, а також чи мали місце факти, що свідчили про його негативну поведінку в сім'ї (пияцтво, жорстоке поводження з членами сім'ї, негативний вплив на виховання дітей тощо). Особливу актуальність з'ясування цього питання має при призначенні покарання у вигляді штрафу і конфіскації майна, оскільки виконання цих видів покарань може безпосередньо відбитися на майновому стані його близьких. У зв'язку з особливою важливістю цих обставин у КК деяких країн — колишніх республік Радянського Союзу законодавець прямо вказує на те, що поряд з урахуванням особи винного суд обов'язково повинен брати до уваги можливий вплив призначеного покарання на умови життя його сім'ї (КК РФ, Республік Казахстан, Киргизстан та ін.). Оцінюючи цю позицію, не можна не помітити, що наведені обставини відносяться до тих, що характеризують особу винного, і тому їх виділення є зайвим разом з указівкою на необхідність урахування особи винного. У цьому випадку, як слушно зауважує Л.Л. Кругліков, буде зайвою деталізація критерію "особа винного"^[298]. З цим слід погодитися, уточнивши, що виділення в загальних засадах якої-небудь з обставин, які характеризують винну особу, разом з узагальненою категорією "особа винного" суперечить індивідуальному змісту видів загальних засад призначення покарання, якими є ступінь тяжкості, обставини, що характеризують особу винного, та обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання /Саме тому Пленум Верховного Суду України в Постанові № 7 від 24 жовтня 2003 р. "Про практику призначення судами кримінального покарання", характеризуючи загальну засаду призначення покарання про врахування особи винного, передбачає необхідність установа судом складу сім'ї винного (наявність на утриманні в нього дітей та осіб похилого віку), його матеріального стану тощо.

Викладене в цьому підрозділі дозволяє зробити висновок про те, що врахування психічних і психологічних особливостей винного дає змогу суду визначити: 1) закономірністю чи випадковістю для винного було вчинення злочину; 2) вид і розмір необхідного та достатнього покарання конкретній особі для досягнення мети її покарання.

Підбиваючи підсумок розгляду законодавчого правила як самостійної засади призначення покарання, слід підкреслити:

1) загальнообов'язкове правило врахування особи винного має свою специфіку й самостійний вплив на призначення покарання конкретній особі;

2) ґрунтуючись на з'ясуванні змісту цієї засади, суд зобов'язаний ураховувати всю сукупність особливостей, що як позитивно, так і негативно характеризують особу винного (його фізичний, психічний і психологічний стан, а також соціальний і правовий статус), які мали місце до, під час і після вчинення злочину, а також на час призначення покарання.

Призначення покарання з урахуванням обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання

Істотну роль при призначенні покарання відіграють пом'якшуючі та обтяжуючі обставини, які мають місце в конкретній справі. Саме їх урахування забезпечує реалізацію принципів призначення покарання, і перш за все принципу його індивідуалізації. Саме тому в історії кримінального права проблемі визначення поняття, правової природи, ознак цих обставин та особливостей їх урахування при призначенні покарання приділялася значна

увага в роботах відомих учених, зокрема: С.С. Алексеева, М.І. Бажанова, М.М. Бабаєва, С.В. Бородіна, Я.Ю. Васильєвої, Г.Б. Віттенберга, Г.С. Гаверова, С.С. Гаскіна, І.Є. Звечаровського, І.І. Карпеця, А.П. Козлова, Г.А. Кригера, Ю.А. Красікова, Л.Л. Круглікова, Н.Ф. Кузнецовой Б.А. Курінова, Н.С. Лейкіної, Ю.Б. Мельникової, В.С. Мінської, О.О. Мяснікова, О.В. Наумова, С.В. Полубінської, Н.С. Таганцева, Г.І. Чечеля та інших. Однак ці дослідження ґрунтувалися на положеннях Основ кримінального законодавства СРСР і союзних республік 1958 року та Кримінальних кодексів Росії та України 1960 року. Розгляд інституту обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання, на підставі КК України 2001 року з урахуванням серйозних змін у чинному кримінальному законодавстві України набуває особливого значення. Між тим багато питань, що мають безпосереднє відношення до цієї проблеми, досі не отримали належного наукового аналізу. До них, наприклад, відносяться питання: про правову природу обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання, їх місце у системі загальних засад призначення покарання, співвідношення з іншими загальними засадами; їх співвідношення з однойменними кваліфікуючими та привілейованими ознаками конкретних складів злочинів тощо. Тому дослідження інституту обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання, є актуальним.

Метою аналізу даних обставин є перш за все розкриття їх юридичної природи. Досліджуючи це питання, необхідно зазначити, що обставини, які пом'якшують або обтяжують покарання, мають характерні особливості, які дозволяють розглядати їх як *самостійну загальну засаду призначення покарання*, що має свою специфіку та самостійний вплив на призначення покарання.

Однак у теорії кримінального права зміст і значення цих обставин розкривались і розкриваються вченими неоднозначно. Так, наприклад, С.А. Шликов ще 1958 року писав про те, що ознаками, якими мають бути наділені обставини, що "претендують" на включення їх до переліку обставин, які пом'якшують або обтяжують покарання, є: типовість, обов'язковість (безумовність) і суворо визначене, спрямованість впливу^[299]. Л.Л. Кругліков, формулюючи коле цих ознак, поряд із наведеними С.А. Шликовим, називає й такі, як нехарактерність згаданих обставин для більшості злочинних діянь, значущість їх впливу на покарання та непохідність, тобто відмінність кожної з зазначених у переліках обставин, які пом'якшують і обтяжують покарання, від інших

[300]

. Такої ж точки зору дотримується й О.О. Мясніков

[301]

Аналізуючи зміст обставин, які перелічені в статтях 66, 67 КК України 2001 р., та практику їх урахування судом слід зазначити, що ці обставини знаходяться поза складом

злочину, тобто *не є ознаками його складу* і за своїм змістом характеризують або саме злочинне діяння або особу винного, а тому свідчать про менший або більший ступінь небезпечності вчиненого злочину чи особи винного в порівнянні з їх типовою небезпечністю, урахованою законодавцем. Отже, пом'якшуючі та обтяжуючі обставини:

1) не впливають на кваліфікацію;

2) ураховуються судом при призначенні покарання конкретній особі за вчинення нею конкретного злочину;

3) впливають на застосування до особи певних кримінально-правових інститутів.

Усі типові обставини вчинення злочину знаходять відображення в основному чи кваліфікованому складі злочину і визначають типову тяжкість злочину. Тому ці обставини оцінюються та враховуються законодавцем при визначенні складу злочину: вони є найбільш типовими й такими, що часто трапляються в практичній діяльності.

Виходячи з розуміння типовості обставин як наявності їх у більшості вчинених злочинів, важко назвати поширеним у судовій практиці врахування обставин, передбачених у п. 4 ст. 66 КК, пп. 3, 11 ч. 1 ст. 67 КК України. Разом із цим, через відкритий перелік судом можуть бути визнані такими й інші обставини, які не є типовими, але пом'якшують міру покарання. Здається, що передбаченість у ст. ст. 66 і 67 КК визначених обставин зумовлена не типовістю, а іншими ознаками, насамперед обов'язковим впливом на ступінь тяжкості вчиненого злочину або на небезпечність особи винного.

Досліджуючи зміст пом'якшуючих і обтяжуючих обставин, можна дійти висновку про необґрунтованість виділення Л.Л. Кругліковим та деякими іншими вченими ознаки "значущості" впливу цих обставин на вибір міри покарання, яка, на їх думку, виявляється в *істотному зниженні або підвищенні ступеня суспільної небезпечності діяння і винного в межах санкції статті, що передбачає відповідальність за вчинене*

[302]

. Аналіз ст. ст. 65, 66, 67 КК дозволяє стверджувати, що в них не встановлюється й не розкривається ця вимога. Значущість впливу на ступінь тяжкості вчиненого злочину пом'якшуючих обставин є однією з обов'язкових умов застосування лише ст. 69 КК, де

передбачається можливість призначення судом у виняткових випадках основного покарання, нижчого від найнижчої межі, установленої в санкції статті Особливої частини цього КК, або іншого, більш м'якого виду покарання, не зазначеного в санкції статті за цей злочин, чи не призначення додаткового покарання, що передбачене в санкції статті Особливої частини цього КК як обов'язкове. Однак зазначене в ст. 69 КК правило призначення покарання — це виняток із загальних правил, саме тому для застосування ст. 69 КК є необхідним встановлення судом істотності (значущості) впливу пом'якшуючих обставин на ступінь тяжкості вчиненого. В інших випадках при призначенні покарання в межах санкції, відповідно до ст. 65 КК, закон не вимагає обов'язковості *істотного зниження*

ступеня тяжкості вчиненого злочину. У зв'язку з цим уявляється не відповідною положенням чинного КК України 2001 року обов'язкова в усіх випадках характеристика обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання, як таких, що істотно (значною мірою) знижують або підвищують ступінь суспільної небезпечності злочинного діяння чи діяча.

З огляду на юридичну природу пом'якшуючих та обтяжуючих обставин уявляється обґрунтованим вважати обов'язковими ознаками цих обставин суворо визначену спрямованість та обов'язковість їх впливу на міру покарання. Наведені ознаки виявляються в тому, що:

1) законодавцем чітко визначено сутність цих обставин як таких, що зменшують чи підвищують суспільну безпеку діяння чи особи;

2) законодавча оцінка їх сутності не може бути змінена судом при призначенні покарання конкретній особі: суд не може визнати передбачену законом пом'якшуючу обставину як обтяжуючу і навпаки;

3) врахування цих обставин є обов'язком, а не правом суду.

З цього правила закон передбачає виняток: у ч. 2 ст. 67 КК України зазначено, що "суд має право залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із зазначених у частині першій цієї статті обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, б, 7, 9, 10, 12, такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вирок". Як видається, недостатньо точне розуміння цього положення дозволило деяким вченим дійти висновку про теоретичну необґрунтованість його закріплення. Так, критикуючи

позицію законодавця ряду зарубіжних країн^[303] щодо регламентації обтяжуючих обставин, О.О. Мясніков зазначає, що положення, подібне до закріпленого в ч. 2 ст. 67 КК України, теоретично не обґрунтоване, оскільки "невиправдано розширює сферу суддівського розсуду при оцінці юридичного значення встановлених законодавцем обтяжуючих обставин, що може привести до порушення принципів рівності всіх перед законом і справедливості"^[304]. Ця точка зору видається необґрунтованою: закріплюючи наведене положення, законодавець як раз керується принципом гуманізму та справедливості. Індивідуальність обставин вчинення злочинів і особи, що його вчинила, у деяких випадках виходить за межі типової характеристики суспільної небезпечності злочину, а тому неврахування цього було б порушенням принципів індивідуалізації покарання.

4) перелік пом'якшуючих обставин не є вичерпним: суд у конкретній справі може враховувати як пом'якшуючі й такі, що в ч. 1 ст. 66 КК не перелічені;

5) відповідно до принципу гуманізму перелік обтяжуючих обставин визначається законом як вичерпний: суд не може визнати обтяжуючою таку ознаку, якої в ч. 1 ст. 67 КК не названо;

6) якщо будь-яка з обставин, передбачених у ст. ст. 66, 67 КК, одночасно передбачена в статті Особливої частини як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію (привілейована або кваліфікуюча), суд не може враховувати її при призначенні покарання як такої, що його пом'якшує або обтяжує. Тут виявляється важливий принцип: за одне й те саме діяння не можна відповідати двічі.

Аналіз літератури, присвяченої проблемі обставин, що пом'якшують чи обтяжують покарання, свідчить про дискусійність питання щодо їх співвідношення з кваліфікуючими та привілейованими обставинами в теорії кримінального права. Можна виділити дві групи вчених, які займали та продовжують займати з цього приводу протилежні позиції.

Проти врахування певних обставин як таких, що пом'якшують чи обтяжують покарання, якщо ці обставини є ознакою певного складу злочину, виступали М.М. Ісаєв, А.Н. Трайнін, Ю.А. Красіков та інші вчені^[305]. Так, ще 1940 року М.М. Ісаєв писав, що "оскільки сам закон урахував вже ту чи іншу обставину, стає зрозумілим, що вона не повинна братися до уваги при визначенні покарання в конкретному випадку"

^[306]

. А.Н. Трайнін, аналізуючи склад злочину і його ознаки, також стверджував, що "визначення індивідуального покарання, яке відповідає конкретному, вчиненому особою злочину, повинне будуватися вже за допомогою інших критеріїв, поза складом наявних підстав"

[307]

. Ю.А. Красіков, обстоюючи цю ж позицію, писав, що "неможливість подвійного врахування зумовлена єдиним призначенням пом'якшуючих обставин незалежно від їх розташування в КК. Оскільки це різновиди одного явища, вони не можуть застосовуватись одночасно"

[308]

. Далі він зазначає, що у випадках необхідності встановлення співвідношення пом'якшуючих обставин, регламентованих у Загальній і Особливій частинах КК, слід виходити з того, що ми маємо справу з різновидом конкуренції норм, де стаття, що передбачає пом'якшуючі обставини, є загальною, а статті, що передбачають відповідальність за конкретний вид злочину з пом'якшуючими ознаками, — спеціальною нормою

[309]

. Виходячи з загальновизнаного в теорії кваліфікації правила, Ю.А. Красіков стверджував, що за цієї конкуренції кримінально-правових норм підлягає застосуванню спеціальна норма

[310]

.

Противниками цієї позиції є Н.Ф. Кузнецова та Б.А. Курінов, які писали: "...не можна погодитися з наведеним вище положенням, що коли вже та чи інша пом'якшуюча (обтяжуюча) обставина зазначена як елемент складу, її взагалі суд не повинен ураховувати при індивідуалізації покарання"^[311]. Це аргументувалося тим, що "законодавець фіксує в складі лише типовий ступінь суспільної небезпечності всього злочину в цілому й окремих його ознак — вини, способу дії, характеру шкідливих наслідків, суб'єкта. Але той же намір може бути і раптовим, і афектованим, і умисним, і злісним"

[312]

Прихильники цієї точки зору вважають, що якщо зазначена в Особливій частині ознака має градацію, яка впливає на ступінь небезпечності, то вона має бути врахована і при призначенні покарання^[313].

Оцінюючи зазначені позиції, слід виходити з того, що в КК України 2001 року вперше на законодавчому рівні в ч. 3 ст. 66 і ч. 4 ст. 67 КК закріплено положення, які чітко визначають нетотожність юридичної природи пом'якшуючих та обтяжуючих обставин і кваліфікуючих чи привілейованих обставин: якщо будь-яка з обставин, що пом'якшує

(обтяжує) покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його пом'якшує (обтяжує).

Виходячи з цього, на нашу думку, можна стверджувати, що юридична природа обставин, передбачених у ч. 1 ст. 66 та ч. 1 ст. 67 КК України, виявляється в тому, що ці обставини не впливають на кваліфікацію, оскільки не є ознаками складу злочину. Водночас ці обставини мають значення для індивідуалізації покарання, тому що "виражають індивідуальні особливості вчиненого злочинного діяння, підвищений чи, навпаки, зменшений ступінь суспільної небезпечності діяння й особи"^[314]. Тому пом'якшуючі й обтяжуючі обставини мають бути враховані безпосередньо судом тільки при призначенні покарання винному. Вплив досліджуваних обставин на міру покарання обмежується встановленими законом межами санкції, і тільки у виняткових випадках відповідно до ст. ст. 69, 70, 71 КК України суд може виходити за ці межі.

Кваліфікуючі та привілейовані ознаки відносяться до інституту складу злочину, а тому впливають на кваліфікацію вчиненого та визначення законодавцем меж санкції певної статті Особливої частини КК. Ці ознаки описуються в диспозиції статті й відображають типовий ступінь тяжкості певного складу злочину. У порівнянні з основним складом злочину кваліфікуючі та привілейовані ознаки значно змінюють ступінь тяжкості вчиненого й небезпечність особи винного, через це межі їх впливу визначаються безпосередньо законодавцем при формулюванні санкції конкретної статті. Тому кваліфікуючі та привілейовані ознаки складу злочину виступають не засобом індивідуалізації, а засобом диференціації покарання. Правильно з цього приводу зазначає О.О. Мясніков: "Не можна термін "пом'якшуючі чи обтяжуючі обставини" застосовувати як у випадках призначення покарання, так і у випадках визначення кваліфікуючих і привілейованих обставин. В останньому випадку пом'якшуючі й обтяжуючі обставини набувають якісно нового значення, тому їх слід розглядати як засіб диференціації кримінальної відповідальності"^[315].

Водночас відповідно до принципу індивідуалізації покарання суд може враховувати *тільки* і *ступінь індивідуальної вираженості*

у вчиненому будь-якої ознаки складу злочину, у тому числі й кваліфікуючої та привілейованої ознаки. В іншому ж випадку, коли кваліфікуюча чи привілейована ознака враховується як така, що обтяжує покарання, постановлені вироки підлягають скасуванню чи зміні у зв'язку з порушенням вимог ч. 3 ст. 67 КК. Прикладом цього є вирок, яким було засуджено Ю. і Ш., кожного за ч. 2 ст. 332 КК, до 3 років позбавлення волі. Усупереч вимогам ч. 4 ст. 67 КК судом було враховано як обтяжуючу обставину кваліфікуючу ознаку, котра безпосередньо передбачена диспозицією ч. 2 ст. 332 КК — "вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб", що суперечить ч. 3 ст. 67 КК.

Тому відповідно до ст. 395 КПК вирок щодо Ю. і Ш. було змінено з вилученням із його мотивувальної частини посилання суду на вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб як на обставину, що обтяжує покарання

[316]

У зв'язку з тим, що як самостійну загальну засаду призначення покарання закон передбачає врахування особи винного, усіх обставин, що її характеризують, виникає питання про співвідношення цієї засади з тими пом'якшуючими та обтяжуючими обставинами, які характеризують суб'єкта злочину. Як свідчить аналіз літератури, це питання є особливо актуальним у зв'язку з відсутністю його однозначного вирішення в теорії кримінального права. Можна визначити два напрями дискусії з цього питання.

Перший: деякі автори вважають, що обставини, які обтяжують чи пом'якшують покарання, не мають індивідуальної юридичної природи, оскільки характеризують або особу винного, або ступінь тяжкості вчиненого, або одночасно відносяться до особи винного і ступеня тяжкості вчиненого^[317]. Так, наприклад, АЛ. Свінкін ще 1973 року, розглядаючи співвідношення пом'якшуючих і обтяжуючих обставин і обставин, які характеризують особу винного, вважає, що при врахуванні даних, які характеризують особу винного, суд має орієнтуватися на переліки обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання. На його думку, наділення особи винного більш широким змістом неминуче призводило б до порушення вимог про вичерпний перелік обтяжуючих обставин [318].

Другий: І.А. Ребане, А.А. Кругліков, С.А. Велієв дотримуються протилежної точки зору, визнаючи самостійне значення обставин, що характеризують особу винного, та обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання^[319]. Як вважає І.А. Ребане, у подібному випадку "взагалі не було б сенсу виділяти дані, що стосуються особи винного, як самостійний чинник, що враховується судом при індивідуалізації покарання

[320]

. На його думку, "оскільки перелік обставин, що пом'якшують відповідальність, є за законом орієнтовним, суд міг би дані, які характеризують особу винного, розглядати як обставини, що пом'якшують відповідальність, і за відсутності спеціальної вказівки про те в законі"

[321]

Аналізуючи наведені точки зору, слід погодитися з Ребане, Л.Л. Кругліковим, С.А.

Велієвим, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 65 КК обставини, що характеризують особу винного, і ті, які пом'якшують та обтяжують покарання, є самостійними видами загальних засад призначення покарання. Саме тому суд, призначаючи покарання, має враховувати в сукупності особу винного й обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Водночас недоцільно заперечувати їх тісний взаємозв'язок.

Наступною ознакою обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання, є ознака "непохідності" (відмінності) кожної з цих обставин від інших, що ввійшли у визначені в ст. ст. 66 і 67 КК України переліки. Ця ознака має значення як при внесенні законодавцем змін у ці переліки, так і в правозастосовчій діяльності у зв'язку з наявністю відкритого переліку пом'якшуючих обставин. Недотримання вимоги про відмінність обставин, які пом'якшують чи обтяжують покарання, від інших, що передбачені в ст. ст. 66 і 67 КК України, при подальших змінах цього переліку законодавцем може привести до подвійного врахування однієї й тієї самої обставини: спочатку як частини загального поняття, а потім як самого цього загального поняття, що призведе до порушення принципу справедливості^[322].

Виходячи зі змісту ознак, що характеризують обставини, які пом'якшують чи обтяжують покарання, їх значення в процесі індивідуалізації покарання, цікаво розглянути питання про назву цих обставин. У зарубіжному законодавстві термінологія для позначення обставин, які досліджуються, не є однаковою. Так, у КК Республіки Білорусь, Республіки Киргизстан та Литовської Республіки їх називають обставинами, які пом'якшують і обтяжують відповідальність^[323], у КК Республіки Казахстан — обставинами, які пом'якшують і обтяжують кримінальну відповідальність і покарання^[324]

, у КК Іспанії — обставинами, які пом'якшують і обтяжують відповідальність, покарання й вину^[325]

. У Зводі законів США вони називаються пом'якшуючими й обтяжуючими факторами^[326]

, у КК Російської Федерації, Франції та Швейцарії — обставинами, які пом'якшують і обтяжують покарання^[327]

, у КК Японії — просто пом'якшуючими обставинами^[328]

. У КК Естонської Республіки ці обставини визначаються як "обставини справи, які пом'якшують і обтяжують відповідальність"^[329]

.

Незважаючи на те, що чинне кримінальне законодавство визначило сферу їх дії — призначення покарання, — у теорії кримінального права неоднозначно тлумачиться правова природа цих обставин. Наприклад, деякі автори вважають, що найбільш правильним є визначення їх як "обставин, які збільшують і зменшують міру покарання"^[330]. М.Д. Шаргородський, М.М. Ісаєв і деякі інші вчені говорили про обставини, що пом'якшують і обтяжують вину

[331]

. На думку Т.Л. Сергеевої, обставини, які розглядаються, впливають на ступінь вини

[332]

. Н.Ф. Кузнецова, Б.А. Курінов називають їх обставинами, які пом'якшують чи обтяжують покарання

[333]

. І.І. Карпець визначає ці обставини як такі, що пом'якшують чи обтяжують суспільну небезпечність діяння

[334]

. Більшість авторів використовують поняття "обставини, які пом'якшують та обтяжують відповідальність"

[335]

.

Протягом історичного розвитку вітчизняного кримінального законодавства визначення цих обставин також неодноразово змінювалося. Наприклад, в Уложенні про покарання кримінальні та виправні від 15 серпня 1845 року вони мали назву "обставини, які збільшують вину і покарання" й "обставини, які зменшують вину й покарання". В Уложенні в редакції від 22 березня 1903 року визначалися лише "обставини, що підсилюють відповідальність". Керівні начала з кримінального права РСФСР 1919 року містили перелік обставин, які суду "при визначенні міри покарання в кожному окремому випадку слід розрізняти". Основні начала кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1924 року вже передбачали в окремій нормі перелік обставин, за наявності яких суд застосовував "більш м'яку або більш сувору міру соціального захисту" (ст. 31, 32). У КК УРСР 1927 року ці обставини визначалися як "обставини справи, що визначають більш сувору міру соціального захисту (більш м'яку міру соціального захисту)". Починаючи з 1958 року в кримінальному законодавстві, а саме в Основах кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік, застосовувалося найменування "обставини справи, які пом'якшують і обтяжують відповідальність". Більше того, Основи 1958 року чітко визначали функціональне призначення пом'якшуючих та обтяжуючих обставин, із безпосереднім зазначенням цих обставин у загальних засадах призначення покарання. У КК України 1960 року обставини, що досліджуються, мали назву таких, що "пом'якшують та обтяжують відповідальність". У чинному кримінальному законодавстві України законодавець використовує поняття "обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання".

Наведена динаміка законодавчих змін назви пом'якшуючих та обтяжуючих обставин — це наочна ілюстрація пошуку законодавцем найбільш правильної й такої, що відображає їх правову природу, назви. На цьому шляху використовувана законодавцем термінологія не завжди відображала правову природу цих обставин, їх роль і характер зв'язку з іншими положеннями, що утворюють загальні засади призначення покарання, і в цілому визначають процес індивідуалізації покарання.

Видається необґрунтованим розуміння цих обставин як таких, що пом'якшують і обтяжують вину чи її ступінь, а також як таких, що пом'якшують та обтяжують небезпечність діяння. Аналіз ст. ст. 66 і 67 КК України дозволяє стверджувати, що ці обставини характеризують не тільки суб'єктивні та об'єктивні властивості діяння, але й ті, що стосуються особи винного: вчинення злочину неповнолітнім, жінкою в стані вагітності, обставини, що характеризують ставлення особи до злочину після його вчинення, та інші пом'якшуючі обставини, не зазначені в кримінальному законі, які, проте, враховуються на практиці (інвалідність, хворобливий стан тощо). У вивчених кримінальних справах "питома вага" такого роду обставин становить понад 44 %.

Як справедливо зазначає Л.Л. Кругліков, назва цих обставин як "пом'якшуючих і обтяжуючих вину і суспільну небезпечність діяння" також не відображає їх суті, мети, яку ставив законодавець, виділяючи їх як самостійне правове явище. На думку цього вченого, "зміст... полягає не в тому, щоб відтворити зв'язок обтяжуючих і пом'якшуючих обставин із суспільною небезпечністю (чи з виною), а в прагненні конкретизувати процес індивідуалізації відповідальності й покарання, забезпечити більш надійну детермінацію діяльності органів правозастосування щодо визначення обсягу відповідальності й покарання"^[336].

На наш погляд, найбільш правильним є розуміння цих обставин як таких, що пом'якшують та обтяжують покарання. Прихильники визначення цих обставин таким чином вважають, що "це визначення здається найбільш вдалим, оскільки орієнтує суди на необхідність урахування їх саме при призначенні покарання"^[337]. Вони справедливо зазначають, що розуміння пом'якшуючих та обтяжуючих обставин як таких, що пом'якшують та обтяжують відповідальність, мало узгоджується зі змістом розділу, присвяченого питанням, безпосередньо пов'язаним із покаранням (його поняттям, метою, видами й значенням)^[338].

Отже, видається правильним розуміння цих обставин як таких, що пом'якшують або обтяжують покарання.

Підсумовуючи аналіз загальних ознак і правової природи аналізованих обставин, на нашу думку, обґрунтовано визначити ці обставини, як *зазначені, так і не зазначені в законі, але встановлені судом, різного роду чинники об'єктивного чи суб'єктивного характеру, які не є ознаками складів злочину і не впливають на його кваліфікацію, однак знижують чи, навпаки, підвищують ступінь суспільної небезпечності особи винного і (або) вчиненого ним злочину і у зв'язку з цим є підставою для призначення менш або більш суворого покарання* [339].

Більш глибоке, систематизоване дослідження пом'якшуючих та обтяжуючих обставин потребує їх упорядкування та класифікації. У юридичній літературі ці обставини класифікувалися по-різному. Так, деякі автори поділяють ці обставини на дві групи: 1) пом'якшуючі та обтяжуючі обставини, які включені як ознаки кваліфікуючого чи привілейованого складу злочину; 2) пом'якшуючі та обтяжуючі обставини, які впливають на визначення міри покарання^[340]. При цьому Л.А. Доліненко пропонує виділяти ще одну групу обставин, які пом'якшують покарання: обставини, котрі включені до відповідних норм як передумови звільнення від кримінальної відповідальності [341]

. Н.Ф. Кузнецова й Б.А. Курінов класифікують усі пом'якшуючі й обтяжуючі обставини на дві групи: 1) які характеризують діяння; 2) які характеризують особу злочинця [342]

. Подібну класифікацію наводять також Н.С. Лейкіна та Ю.Б. Мельникова, Ю.А. Красіков [343]

. При цьому Ю.А. Красіков, вважаючи її найбільш вдалою, зазначає, що деякі обставини можна віднести відразу до двох груп, оскільки вони пов'язані і зі злочинцем, і з особою злочинця [344]

. На думку Л.Л. Круглікова, усі пом'якшуючі й обтяжуючі обставини можна поділити на дві групи: 1) що характеризують водночас і злочин, і особу злочинця; 2) що характеризують тільки особу [345]

. Г.І. Чечель пропонує класифікувати пом'якшуючі обставини на три групи: 1) які належать до об'єктивних властивостей злочину; 2) які належать до суб'єктивних властивостей злочину; 3) які характеризують суб'єкта злочину [346]

. М.М. Бабаєв та Г.С. Гаверов зазначають три тиші пом'якшуючих та обтяжуючих обставин, виділяючи обставини, що належать до: 1) об'єктивних і суб'єктивних властивостей вчиненого суспільно небезпечного діяння; 2) особи суб'єкта; 3) причин та умов, з якими пов'язаний цей злочинний прояв [347]

. На думку Я.Ю. Васильєвої, усі обставини, що обтяжують покарання, можна класифікувати так: 1) які відносяться до особи винного; 2) які відносяться до суспільно небезпечного діяння; 3) які відносяться до умов вчинення злочину; 4) які відносяться і до

особи, і до суспільно небезпечного діяння

[348]

. На думку О.О. Мяснікова, пом'якшуючі та обтяжуючі обставини слід класифікувати на три групи залежно від впливу тієї чи іншої обставини на ступінь тяжкості діяння чи винного. До першої групи він відносить пом'якшуючі й обтяжуючі обставини, які істотно знижують чи підвищують ступінь тяжкості діяння чи особи винного (наприклад активне сприяння розкриттю злочину, рецидив злочину). До другої групи — обставини, які мають відносно менший вплив (наприклад неправомірність або аморальність дій потерпілого). До третьої групи — зовнішньо нейтральні обставини (вагітність, наявність на утриманні у вин нове малолітніх дітей)

[349]

Аналіз обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання, передбачених у ч. 1 ст. 66 та ч. 1 ст. 67 КК України 2001 року, показує, що законодавчий перелік містить обставини, які так чи інакше відносяться до оцінки ознак, що характеризують суспільну небезпечність вчиненого злочину або особи винного, або одночасно і до злочину, і до особи. Саме це визначає їх правову природу як обставин, що зумовлюють певну суворість покарання за конкретний вчинений злочин конкретній особі, і тому повинно бути покладено критерієм поділу цих обставин на три групи: 1) обставини, які характеризують діяння; 2) обставини, які характеризують особу винного; 3) обставини, які характеризують одночасно діяння і особу винного.

Так, аналізуючи ст. 66 КК України, до першої групи слід відносити такі пом'якшуючі обставини: з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочинів; добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди.

До другої групи — вчинення злочину неповнолітнім; вчинення злочину жінкою в стані вагітності; вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого; виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених цим кодексом.

Третю групу складають: вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин; вчинення злочину під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність; вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності.

Оскільки перелік пом'якшуючих обставин, наведений у ч. 1 ст. 66 КК України, не є вичерпним, то суд може враховувати не тільки зазначені в ньому, але й інші пом'якшуючі обставини, що в законі прямо не передбачені (ч. 2 ст. 66 КК). Аналіз судової практики свідчить, що найчастіше як пом'якшуючі обставини враховуються такі: відсутність судимостей, позитивна трудова діяльність винної особи, її позитивна характеристика, молодий і похилий вік, наявність на утриманні винного малолітніх дітей, стан здоров'я його самого чи його родичів, які перебувають на його утриманні, незначна вартість викраденого тощо. Проте, незважаючи на вимогу п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду № 7 від 24 жовтня 2003 р. "Про практику призначення судами кримінального покарання" щодо обов'язкового вмотивування визнання судом пом'якшуючими обставинами таких, що не зазначені в ст. 66 КК^[350], у більшості вивчених вироків цього вмотивування немає.

Дослідивши практику призначення покарання, неважко помітити, що в деяких випадках суди не враховують як пом'якшуючі навіть такі обставини, які прямо зазначені в ст. 66 КК України. Так, узагальнення судової практики Верховного Суду України та судів Луганської області свідчить, що судді часто не враховують такі обставини, як щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину (2,7 %); позитивна характеристика винної особи (2,7 %); неправомірні дії потерпілого (1,81 %); добровільне відшкодування завданого збитку (1 %); учинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин (1 %) та інші (див. таб. 1). Оскільки врахування обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання, має обов'язкове значення для правильного вирішення питання щодо призначення винній особі покарання, вирок, у яких такі обставини не встановлені й (або) не враховані, підлягають зміні або скасуванню судами вищої інстанції.

Таблиця 1

Призначення покарання з урахуванням пом'якшуючих обставин

Глава 2. Загальні засади призначення покаранню та їх види

Обставини, які пом'якшують покарання	Кількість цих обставин, які були ураховані судом	З них не було враховано судом першої інстанції
1	2	3
Зазначені в ч. 1 ст. 66 КК України		
з'явлення з зізнанням, широким каяття або активне справання злочину	115	12
добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (у тому числі, повернення викраденого)	63	4
вчинення злочину неповнолітнім	27	3
вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин	27	9
Не зазначені в ч. 1 ст. 66 КК України		
невпевненість на утриманні неповнолітньої дитини та інших родичів	30	13
позитивна характеристика	33	9
вчинення злочину вперше	33	6
заняття суспільно корисною працею	9	-
тяжке захворювання родичів	6	3
тяжке захворювання винного	9	3
часткове відшкодування завданого збитку	9	-
часткове визнання вини	6	-
впевненість в державних винагородах, участь у воєнних діях	3	3
дружорядна, пасивна роль у вчиненні злочину	3	3
протиправна поведінка потерпілого, яка була причиною злочину	-	-
Зазначені в ч. 1 ст. 67 КК України обставини, які обтяжують покарання		
Кількість цих обставин, які було враховано судом		
З них не було враховано судом першої інстанції, коли ці обставини мали місце в справі		
1	2	3
Вчинення злочину особою повторно та рецидив злочину	34	6
Вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою	8	2
Вчинення злочину у зв'язку з виконанням потрійним службового або громадського обов'язку	2	6
Тяжкі наслідки, завдані злочинцем	18	-
Вчинення злочину, якщо малолітнього, особи похилого віку або особи, що перебувала в безпорадному стані	16	6
Вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням чи недолугством	9	-
Вчинення злочину з особливою жорстокістю	27	-
Вчинення злочину особою, що перебуває в стані алкогольного сп'яніння або в стані, викликаному вживанням наркотичних засобів	-	-
Не зазначені в ст. 67 КК України обставини, які обтяжують покарання чи є кваліфікуючими ознаками певного складу злочину		
Кількість цих обставин, які було враховано судом		
1	2	3
Невизнання особою вини у вчиненні злочину	3	
Нерозкаяття особи у вчиненні злочину	3	
Невідшкодування збитків, завданих злочинцем	3	
Негативна характеристика	3	
Притязання раніше до кримінальної відповідальності	6	
Переховування від слідства	1	
Відмова давати показання	2	
Вчинення злочину в період відстрочення виконання попереднього вироку	4	
Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб	6	
Тяжкі наслідки, завдані злочинцем	4	