

345.24/27/27/20/20(7)1...
Т 829

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

В. О. ТУЛЯКОВ
Ф. Ш. ІСКЕНДЕРОВ
А. С. ХИЛЬЧЕНКО

ПЕНАЛІЗАЦІЙНА ПРАКТИКА У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ДИСКУРСІ

Навчальний посібник



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
НАУКОВА БІБЛІОТЕКА
НАВЧАЛЬНИЙ ФОНД

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол № 4 від 14.12.2020 р.)*

Автори:

Туляков В. О., доктор юридичних наук, професор (вступ, розділ І, практичні завдання, післямова);

Іскендеров Ф. Ш., старший викладач (розділ 2, практичні завдання);

Хильченко А. С., кандидат юридичних наук, доцент (розділ 3, практичні завдання)

Рецензенти:

Меркулова В. О., доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, професор кафедри кримінального права та кримінології Одеського державного університету внутрішніх справ;

Шаблистий В. В., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та кримінології Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Видано в авторській редакції

Туляков В. О.

Т82 Пеналізаційна практика у європейському кримінальному дискурсі : навч. посіб. / В. О. Туляков, Ф. Ш. Іскендеров, А. С. Хильченко. – Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020. – 116 с.

ISBN 978-966-992-362-2

Навчальний посібник «Пеналізаційна практика у європейському кримінальному дискурсі» виданий в рамках фундаментального наукового проекту «Євроінтеграційна кримінальна політика України» № 0118U003677 з метою напрацювання методичних матеріалів та навчальних посібників за програмою ERASMUS + KA 1 «Модернізація магістерських програм для майбутніх суддів, прокурорів, слідчих з урахуванням європейських стандартів з прав людини, 598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-CBHE-JP». Відповідні наукові розвідки у галузі розуміння порівняльно-правових характеристик кримінально-правового впливу, індивідуалізації покарання та розвідок сучасної пеналізаційної практики було розроблено з акцентом на відповідну практику Європейського суду з прав людини.

Для науковців, викладачів, здобувачів вищої освіти, а також працівників галузі кримінальної юстиції.

УДК 343.2(4)(075)

ISBN 978-966-992-362-2

© В. О. ТУЛЯКОВ, 2020
© Ф. Ш. ІСКЕНДЕРОВ, 2020
© А. С. ХИЛЬЧЕНКО, 2020

ЗМІСТ

ВСТУП	4
РОЗДІЛ 1 ЮРИСДИКЦІЙНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ДИСКУРСІ	7
Питання для самоконтролю	32
РОЗДІЛ 2 ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ПОКАРАННЯ В ОКРЕМИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА	34
Питання для самоконтролю	59
РОЗДІЛ 3 ПЕНАЛІЗАЦІЙНА ПРАКТИКА: УКРАЇНСЬКИЙ ДОСВІД	61
Питання для самоконтролю	95
ПІСЛЯМОВА	98
КОНТРОЛЬНІ ЗАВДАННЯ ТА КЕЙСИ	101
ПИТАННЯ ДЛЯ САМОАНАЛІЗУ	104
РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА	107

ВСТУП

Певні соціальні завдання, що ставляться перед державою, є спільними для всіх країн. Одним з таких завдань є охорона прав, свобод та законних інтересів громадян та людей від злочинних посягань.

Кримінальні закони є одними з механізмів забезпечення виконання вказаного завдання. Визначення відповідальності, визначення покарання, диференціація і індивідуалізація кримінальної відповідальності і покарання як елементи реалізації кримінальної політики будь-якої держави відіграють значну роль в організації системи кримінально-правової охорони.

У цьому зв'язку ні один юрист, який працює в сфері кримінального правосуддя, не має право обмежувати свої знання про право покарання та пеналізаційну практику лише початковими відомостями, отриманими з курсу Загальної частини кримінального права, аналізом передумов організації кримінального переслідування в межах процесуальних відносин, а також аналізом характеристик виконання покарання в межах курсу кримінально-виконавчого права.

Саме цьому фахівцями різних правових шкіл України зараз розробляється доктринальний проект нового Кримінального кодексу України¹, який робить спробу поєднати новітні безпеківі підходи до політики нейтралізації злочинності² із європейським досвідом розширення дисциплінарної влади у публічно-правовому вимірі. Виникає концепція кримінального права

¹ Новий Кримінальний кодекс України URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>

² Шаблюстий В.В. Безпеківий вимір кримінального права України. Людиноцентристське дослідження. Дніпропетровськ, 2015. 420 с.

у широкому сенсі (ст. 6 Європейської Конвенції з захисту прав людини і основоположних свобод), яка поширюється на усі випадки застосування дисциплінарного примусу з боку держави, які, згідно стандартній практиці ЄСПЛ, пов'язуються із кваліфікацію правопорушення відповідно до внутрішнього законодавства, аналізом природи правопорушення та ступенем суворості покарання, якого може зазнати відповідна особа. (ЄСПЛ, «Хаарвіг проти Норвегії», 2007 р.; «Розенквіст проти Швеції», 2004 р.; «Манассон проти Швеції», 2003 р.; «Гектан проти Франції», 2002 р.; «Маліж проти Франції», 1998 р.; «Нільссон проти Швеції», 2005 р. та ін.). При застосуванні ст. 6 важливим є те, що відповідно до усталеної прецедентної практики ЄСПЛ існують три критерії, – «критерії Енгеля», які повинні враховуватися при визначенні того, було чи не було у справі висунуте «кримінальне обвинувачення». Першим критерієм є правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права, другим – сам характер правопорушення, а третім – ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до винної особи. Другий і третій критерії є альтернативними і не повинні обов'язково застосовуватися у сукупності³.

Поруч з цим, гіперболізуючи ідеологію безпекового підходу суспільство-в'язниця, розпиляючи владу між різними суб'єктами, поширює дисциплінарні практики застосування сили та примусу, які не обмежені процедурами судового захисту. Порушуються принципи рівності⁴ та пропорційності при призначенні покарання. Європейська кримінальна політика в процесі кризисного розвитку суспільства не завжди відповідає критеріям Європейської конвенції. Снують протиріччя між суверенітетами. Це потребує особливої уваги проблематиці обізнаності

³ Постанова Великої Палати Європейського Суду по справі «Юссіла проти Фінляндії» (Jussila v. Finland), скарга № 73053/01, § 38, ECHR 2006-XIV.

⁴ Меркулова В. О. Кримінальна відповідальність: окремі теоретичні та соціально-правові аспекти : монографія. Одеський юридичний ін-т Харківського національного ун-ту внутрішніх справ. Одеса : ОЮІ ХНУВС, 2007. 224 с.

юриспруденції ЄСПЛ при діагностиці зловживань при призначенні покарання чи інших заходів кримінально-правового впливу. Отже посібник «Пеналізаційна практика у європейському кримінальному дискурсі» виданий в рамках фундаментального наукового проекту «Євроінтеграційна кримінальна політика України» № 0118U003677 з метою напрацювання та розвитку навчальних матеріалів за програмою ERASMUS + KA 1 «Модернізація магістерських програм для майбутніх суддів, прокурорів, слідчих з урахуванням європейських стандартів з прав людини, 598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-SBHE-JP». Він буде цікавим не тільки для здобувачів вищої освіти, вивчаючих відповідні курси кримінально-правового профілю у програмі «Кримінальна юстиція та права людини», але й для фахівців широкого профілю, завданням яких є забезпечення захисту прав та фундаментальних свобод людини.

Вячеслав Туляков,
доктор юридичних наук, професор,
Суддя *ad hoc* Європейського суду з прав людини

РОЗДІЛ 1

ЮРИСДИКЦІЙНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ДИСКУРСІ

Кримінальне право – це інструмент захисту суверенітету та безпеки прав і свобод людини що виступає основним знаряддям, що символізує правове, моральне та соціальне ставлення людей, суспільства та держави до оборони від різних загроз та криміногенних факторів. Розробка нового кримінального законодавства України за умов використання сучасних європейських наративів та дискурсів розвитку суспільного розуміння значущості кримінально-правового впливу має довести, наскільки глобальні та регіональні протиріччя, дисбаланси та конфлікти вплинули на верховенство права і як безпека людей повинна бути захищена загалом на Європейському континенті. Розуміння того, наскільки стабільною має бути кримінально-правова форма, яка дисонує з розвитком суспільних та соціальних відносин та процесів кидає виклик соціальним схемам ефективного контролю над злочинністю з боку держави, жертви та громадянського суспільства.

Відчувати себе безпечним, захищеним і незалежним означає бути щасливим. Статус щастя відображає загальноприйняте в сучасному сталому світі почуття спокою та безпеки. Але роль держави змінюється на багатополярному інформаційному суспільстві після правди. Справа в тому, що диверсифікація розуміння кримінально-правових норм під егідою громадянського суспільства, специфічний когнітивний настрій, що поєднує

сталий або глобальний розвиток, мають шанс мати наслідком ситуацію, коли політичний союз або партія набувають можливість зловживати правом, формуючи збройні групи зі специфічним рівнем толерантності до місцевих жителів.

Обмеження прав і свобод задля великій цілі підриває ідею легітимності, веде до злочинів ненависті та проявам геноциду.

Зловживання владою та широкомасштабні корупційні практики в перехідному періоді розвитку приводять до того, що кримінально-правова форма забезпечення сталого розвитку може бути в дисонансі з розвитком громадських свобод. До того ж розуміння кримінального закону відрізняється від рівня розвитку громадян, характеристик засобів масової інформації, наративів соціальних груп та мереж та дискурсів безпеки у діяльності правоохоронних органів. Більш того, воно відрізняється між жертвами та винними, громадянським суспільством та поліціантами і суддями. З цієї причини в сучасних соціал-демократичних суспільствах система кримінального правосуддя відображує контроль девіацій у максимально допустимий бюджетом спосіб. Концепція досить проста: кримінальне правосуддя демонструє перехід від абсолютного таліону до різноманітної системи дисциплінарних практик, яка по суті лише частково заснована на приматі прав людини.

Ідеологія захисту основних людських цінностей заміщує (додає) юридичній рівності риси доцільності.

Так, Лісабонський договір у ст. 83.1 проголошує, що «Європейський Парламент та Рада можуть, шляхом директиви, прийнятої відповідно до звичайної законодавчої процедури, встановити мінімальні правила щодо визначення кримінальних правопорушень та санкцій в області особливо тяжких злочинів з транскордонними характеристиками, що виникають внаслідок характеру чи наслідків таких правопорушень або особливої потреби в боротьбі з ними на загальних засадах. Ці сфери злочинності є наступними: тероризм, торгівля людьми

та сексуальна експлуатація жінок та дітей, незаконний обіг наркотиків, незаконний обіг зброї, торгівля людьми, відмивання грошей, корупція, підробка засобів оплати, комп'ютерна злочинність та організована злочинність. Тобто пов'язані із кримінальним правом у вигляді узгодження санкцій за особливо тяжкі злочини дисциплінарні практики розповсюджуються серед усієї системи норм публічного права⁵. Це й є центральним дискурсом (моделлю пеналізації відносин на різних рівнях взаємодії) Відома наша точка зору, що кримінальна відповідальність є взаємною сукупністю кореспондуючих прав і обов'язків держави, правопорушника, жертви та третіх осіб при вчиненні злочину.

Кореспондуючі права зазначають, що потрібно будувати кримінальні норми з метою ефективної модифікації забороненої поведінки людини лише поважаючи потреби всіх акторів. Взаємні зобов'язання означають зобов'язання держави «Ultima Ratio Regis» використовувати різні види примусу до різних дисциплінарних практик.

Ця диверсифікація складається з двох моментів. Негативні (розмивання кримінально-правової сутності норм в суспільстві). Позитивні (зосередження на захисті прав і свобод людей, що пов'язані із дисциплінарними практиками держави та суспільства).

Звідси кримінально-правові норми в країнах з перехідною економікою мають бути побудовані, проаналізовані і інтерпретовані з точки зору: міжнародних товариств, урядів, місцевих експертів, пересічних громадян, правоохоронців та суддів, жертв злочинів та правопорушників. Ми стверджуємо, що такий комплексний цілісний підхід, заснований на взаємному визнанні всіх прав та обов'язків сторін повинен дати позитивні результати

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens // Action Plan implementing the Stockholm Programme – COM(2010)171 final, 20 April 2010. Фесенко Є.В. Академія адвокатури України.

у процесі побудови нового закону. Таким чином, нове кримінальне законодавство та пенологічна практика формуються на основі мультидисциплінарної матриці з урахуванням норм Європейського кримінального права⁶.

Отже в основі матриці лежить концепт «Останнього аргументу короля». У сучасних умовах концепт останнього аргументу використовується як остаточний засіб вирішення соціального конфлікту. Право страти та помилування, останній довід держави чи міждержавної спільноти та її органів (Міжнародний кримінальний суд, трибунали *ad hoc*) у протидії злочинності. Відомо, що застосування різних режимів кримінально-правового впливу, попередження злочинності та суспільна інтеграція у їхньому динамічному взаємозв'язку надають можливість з'ясувати найбільш ефективні утилітарні практики обмеження злочинності. В цьому сенсі вкрай важливим має бути питання аналізу місця та ролі каральної сутності кримінального права у царині протидії злочинності, в підтримці стабільності

⁶ STRATEGIC GUIDELINES for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice adopted by the European Council by 27 June 2014) Council FRAMEWORK DECISION 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and surrender procedures between Member States; Council FRAMEWORK DECISION 2008/947/JHA 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions DIRECTIVE 2014/62/EU 15 May 2014 of the European Parliament and of the Council on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by criminal law; Council FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA 22 July 2003 on combating corruption in the private sector; DIRECTIVE 2014/42/EU 3 April 2014 of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union; DIRECTIVE 2014/57/EU 16 April 2014 of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for market abuse; DIRECTIVE 2013/40/EU 12 August 2013 of the European Parliament and of the Council on attacks against information systems; DIRECTIVE 2011/36/EU 5 April 2011 of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims; DIRECTIVE 2017/541 15 March 2017 of the European Parliament and of the Council on combating terrorism; – Council FRAMEWORK DECISION 2008/913/JHA 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia; DIRECTIVE 2008/99/EC 19 November 2008 of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law.

та правопорядку, забезпеченні законності. Простіше кажучи, у процесі аналізу кримінального права, його системи, цілей, принципів, структурних характеристик, характеристик окремих інститутів і норм вирішуються три основних питання, пов'язаних із дослідженням генезису і панівної парадигми. Перше: чи необхідно суспільству кримінальне право? Друге: які цілі воно має переслідувати? І, нарешті: які типи поведінки мають бути криміналізовані, і яким чином ми можемо прийняти рішення щодо покарання винних?

Певні соціальні завдання, що ставляться перед державою, є спільними для всіх країн. Одним з таких завдань є охорона прав, свобод та законних інтересів громадян та людей від злочинних посягань. Кримінальні закони є одними з механізмів забезпечення виконання вказаного завдання. Питання соціальної функції кримінального права, як остаточної за силою примусу функції поєднання інтересів держави, громадянського суспільства та громадян у протидії злочинності, у сучасних умовах набувають посиленого значення.

Захист особистості та власності, фізичних та юридичних осіб, соціальних спільнот, держави, громадянських свобод, забезпечення нормопорядку та сталого розвитку суспільства у тому чи іншому вигляді присутні в ідеології формування будь-якого кримінально-правового акту.

Поруч з цим існують протиріччя між потребою держави у безпеці, доцільністю застосування примусових заходів та зловживання владою та міжнародно-визнаними стандартами з прав людини. При чому переваги кримінально-правового регулювання у балансі державної легітимації заборони минулого змінюються поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою. Що це означає?

Перш за все, дисциплінарні практики розчинюють у собі кримінальні правопорушення та покарання. Стало модним казати про трудо-правову відповідальність, де штрафи у рази перевищують

аналогічні у кримінальних справах; а є й ще адміністративна, адміністративно-фінансова, кримінально-процесуальна, суто дисциплінарна, державно-суспільна, суспільно-державна, міжнародна відповідальність, що по усім критеріям відповідають принципам визначення кримінальної відповідальності, які встановлено практикою ЄСПЛ у відповідності із положеннями п. 2 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (див. справа «Енгель та інші проти Нідерландів» URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57478>).

Зараз з'явилися спроби обґрунтувати існування окремої від дисциплінарної статутної відповідальності носіїв суддівської влади, тощо.

Тобто кримінальне право стає все менш нормативно усталеним і диверсифікація його джерел, розмивання характеристик кримінальної відповідальності серед дисциплінарних практик – повсякденним явищем.

Зрозуміло, що кримінально-правовий захист основоположних прав і свобод відкриває менші перспективи для зловживання владою (відсутність права на оскарження, права на юридичну допомогу у більшості дисциплінарних проваджень, широкі можливості для зловживання правом, тощо). Розмивання кримінально-правових сенсів у державних (квазі-кримінальна відповідальність) та державно-суспільних дисциплінарних практиках (люстрація, самосуди, віджилантизм)⁷, кореспондує аномії, правовому нігілізму пересічного населення у мережевому спілкуванні та комунікаціях.

В такому контексті проблематика системи кримінально-правових «заборон» є насправді системою дозволів для застосування правоохоронними органами відповідних заходів державного примусу за діяння, передбачені кримінальним законом. Тобто *кримінальний кодекс може бути визначений як встановлена державою нормативно визначена система*

⁷ «Віджилантизм» – суспільний рух та ідеологія общинної самооборони.

дозволів та умов застосування публічної карі за поведінку, передбачену у ньому.

Зміст кримінального права також частково може бути вираженим у сукупності прав та обов'язків представників держави карати суб'єктів злочину за вчинення діянь, передбачених у законі. *Норма кримінального закону це мовний та соціальний конструкт⁸, який створюється людьми і заснований на політично цілеспрямованій системі релігійних, культурних та історичних цінностей.*

Далі. Традиційна орієнтація на зовнішню, суто догматичну сторону кримінально-правового реагування не надає можливості розуміння сутності явищ, які криміналізуються. Політика «дикого принтеру», керування принципом доцільності на кшталт законності ведуть до відсутності якнайменш визнаних наукових підстав криміналізації у діяльності органу законодавчої влади, окрім свавілля та політичних міркувань. Саме про це казали автори відомої монографії, що проаналізували законодавчу кримінальну політику ВР України⁹.

В результаті ми отримуємо ситуацію, за якої нам рекомендують (доречи це робить майже кожен суб'єкт законодавчої ініціативи) послідовно розширювати діючий КК України.

Поруч з цим розширення підстав кримінально-правової заборони і подальша деталізація окремих складів Особливої частини, а також конструювання принципово нових складів і розділів Особливої частини КК повинні сприйматися вкрай обережно.

Введення сукупності якісно нових кримінально-правових заборон, що базується на формально-логічному аналізі системи

⁸ Гилинский Я.И. Социальный контроль над преступностью: понятие, российская реальность, перспективы URL: <http://www.iuaj.net/node/1702>

⁹ Законодавча реалізація кримінально-правової політики: аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права / В.Д. Швець, В.М. Грицак, Я.І. Василькевич, В.О. Гацелюк ; Вступ. слово М.І. Мельник . Київ : Атіка, 2008. 243 с.

суспільних відносин, політичній чи міжнародній доцільності, не завжди однозначно сприймається суспільством.

До того ж диверсифікація норм Особливої частини, зміни в їх інтерпретації та тлумаченні цілком здатні паралізувати діючу систему досудового слідства, додатково сприяючи посиленню криміногенності суспільних відносин.

На останнє. Комунікативна функція кримінального права полягає у регуляції дуалізму існування правових моделей бажаної поведінки і з боку законодавця, і з боку відносно самостійних від писаного кримінального закону відповідних правил діяльності індивіда (соціальної спільноти). *Забороняється те, що розуміється, сприймається та інтеріорізується як заборонене. В іншому разі це небажана, але у певних випадках допустима поведінка (право на злочин).*

Загалом право на правопорушення є формою реалізації природних прав людини щодо досягнення добробуту та щастя проти незаконної легітимації суспільних відносин (право на повстання, право на протидію неправовим законам, право на протидію тиранії).

До того ж комунікаційне суспільство сьогодення засноване на концепті *Societas Librum*, що впродовж ідейм Гуго Гроція, ставить необмежену свободу розвитку та комунікації, поруч із прагненням щастя, на перші місця.

Свобода комунікації є свобода поведінки; свобода поведінки визиває до життя свободу власної легітимації правопорушення. Звідси і *концепт кримінального правопорушення стає все більш неконкретним, примат дисциплінарної влади стає виконавчою ідеологемою, як, і, наприклад, принцип невідворотності селективного покарання.*

Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється *виправлювальною дискримінацією*, яка заснована на гуманізації кримінального впливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування жорсткості кримінального закону щодо інших.

До того ж глобалізація сенсів та моделей протидії злочинності все більш залежить від суб'єктних оцінок влади та розповсюдження постправди у соціальних мережах чи інших комунікаційних ресурсах. Відповідно у сучасній правовій атмосфері панування доцільного над законним, матеріальне кримінальне право стає інформаційним конструктом із вкрапленнями нормативного сенсу легітимності та справедливості кримінально-правового регулювання. Закон, що написано для правоохоронців, у суспільстві, де нормою є зловживання владою та правом, не спрацьовує. Точніше, становиться неправовим законом. Єдиний можливий шлях виправлення ситуації – обмеження юрисдикційних повноважень суверена.

Сучасне кримінальне право розглядається як необхідний інструмент забезпечення суспільної і національної безпеки, гарант суспільного спокою, що специфічними засобами регулює антисоціальну активність суб'єктів злочину. Причому здебільшого воно базується на сукупності деідеологізованих ідей, втілених у відповідній культурним традиціям кодифікації. Такі ідеї виходять із констатації відповідності кримінального права моральним уявленням про добро і зло, справедливість і рівність, спорідненої із презумпцією адекватного усвідомлення кримінально-правової заборони громадянами.

Реалізація охоронних та профілактичних кримінально-правових відносин викликає необхідність диференціації обсягу державного примусу залежно від характеристик суб'єктів такого впливу (особи, соціальні спільноти, держава), відповідності ступеня впливу характеристикам особи винного; її кримінальності; ступеню тяжкості вчиненого злочину; потребам потерпілого, третіх осіб, держави, міжнародної спільноти. При цьому центральним питанням є встановлення ідеалів соціальної справедливості у процесі реалізації кримінальної відповідальності. З розвитком права прав людини у компаративному аспекті пізнання кримінально-правових норм виявляються закономірності, схожі

та відмінні риси питань правового забезпечення прав людини, динамічність їх змістовної еволюції. Теорії, концепції, доктрини в сфері стандартів прав людини знаходять нормативне втілення, робота над удосконаленням правового захисту прав осіб від злочинних посягань продовжується, а отже дослідження цієї сфери є актуальними та нагальними, адже сприяють покращенню якості знань інтересантів у сфері дотримання прав людини в сфері кримінальної юстиції.

Дуалізм режимів правової комунікації та розвитку (подвійність систем управління та взаємодії системи «право/неправо» у кримінально-правовому сенсі) веде до того, що ліміти кримінальної заборони, які, згідно теорії, визначаються векторами кримінальної політики держави, здебільшого виявляються, розвиваються, генеруються задля використання механізмів комунікації для задоволення потреб населення у власній безпеці будь-якими можливими або підтримуваними (зараження, наслідування, конформізм) способами.

Відомо, що на обсяг державного примусу у галузі кримінально-правових відносин впливають інтеграційні процеси, пов'язані із формуванням світових чи регіональних систем колективного захисту та глобалізаційними явищами. Поруч з цим розвиток права прав людини як міжнародно-визнаної системи знань про фундаментальні та природні права та основні свободи людини веде не тільки до уніфікації систем захисту від свавілля та зловживання владою, але й до певного обмеження права держави карати.

Так, надання органам міждержавного управління функцій держави впливає на обсяг її суверенітету й у кримінально-правових відносинах.

Як ми казали раніше, викликані процесами глобалізації та транскордонними міграційними потоками злочинності характеристики розуміння кримінальних правопорушень, повинні зрівнюватися із характеристиками та нормативним визначенням

злочинів на рівні міждержавних угруповань, співдружності окремих держав. Це залежить від окремих соціокультурних, етнополітичних, економіко-географічних та інших процесів.

Потрібним є формування єдиного підходу до правил кваліфікації злочинів транснаціонального характеру на фундаменті права прав людини (незаконний обіг наркотиків, зброї, людських ресурсів, природних ресурсів, предметів історичної спадщини, відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, комп'ютерні злочини).

Так, Рада Європи прийняла значну кількість рекомендацій, спрямованих на криміналізацію окремих злочинів та процесуальні аспекти протидії ним¹⁰. Проте питання гармонізації національних правових систем та апроксимації міжнародних нормативних актів вирішуються недостатньо ефективно чи не вирішуються загалом. Навіть остаточне завершення процесу приєднання до європейської системи протидії злочинності, підписання, ратифікація, приєднання, визнання міжнародних договорів не виправдують новацій. До того ж, розвитку, згідно з останніми тенденціями держави Європейського союзу прагнуть досягнути лише базового рівня гармонізації у частині криміналізації транскордонних злочинів та у частині підтримки взаємного визнання судових рішень. Доречи існує також окремий вплив транснаціональних норм корпоративної поведінки недержавних акторів (*lex mercatori*, *lex medici*, *lex sportive*) на динаміку криміналізації у національних юрисдикціях. Транскордонний характер дій МВФ, ВОЗ, ФІФА, що забезпечують системний вплив означених норм на законодавство окремих держав, не потребує доказів. Але саме процеси інтерпретації кримінальних заборон згідно вимогам транснаціональних структур потребують кримінологічного аналізу з точки зору відповідності останніх юрисдикційним процесам та суверенітету країни. Інакше примат

¹⁰ Полный список договоров Совета Европы. Статус на 06/10/2020. URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list>

міждержавних наративів веде до послаблення державного примусу. Відповідно, кримінальне право розчиняється в процесах транзиції та обмежень суверенітету національних політико-юридичних форм.

Поруч з цим, саме у царині кримінального права все частіше бачиться процес фрагментації, коли примат віддається саме національним, а не міждержавним стандартам.

Держава має право карати свого громадянина. Тільки держава. Це аксіома транзиції: від законів таліона до демократичної системи управління. Заважаючи на традиційне для конституціоналістів розуміння примата міжнародних договорів у порівнянні з національним законом, кримінальний закон має певний ступінь захищеності. Як правило, конвенційні норми, чи право прав людини застосовуються у кримінально-правовому сенсі лише коли стають частиною національного законодавства, будучи імплементованими, чи апроксимованими у національний кримінальний закон. До того ж, європейські держави прагнуть досягнути базового рівня гармонізації та апроксимації законодавства лише у частині криміналізації транскордонних злочинів та підтримки взаємного визнання судових рішень. Причин такого ставлення декілька.

Професор Маті Ютсен каже, що, по-перше, ми зіштовхуємося із неможливістю отримання нової якості дефініцій злочинів на транснаціональному рівні, оскільки національні правові системи різняться одна від одної. *Відсутність єдиного конституційного акту на рівні міждержавної спільноти не дає можливості формування кримінального права sui generis, оскільки саме невирішення питань організації влади не дає можливості для вибору адекватних засобів її захисту. Питання ж поширення стандартів Європейської конвенції з прав людини носять надюрисдикційний характер.*

По-друге, аргументи щодо забезпечення єдиного рівня правосуддя шляхом створення єдиної системи кримінальних

та кримінально-процесуальних норм, єдиної європейської правової культури також не витримують критики. Справа у тому, що ставлення населення та правозастосувачів к праву різняться не тільки у кордонах окремих держав, але й у конкретних комунах та общинах, що завідомо не надасть планованого ефекту процесу апроксимації.

Далі. Аргументи щодо ідеологічного значення піднесення питань протидії злочинності до міжнародного рівня також носять невиважений характер, оскільки більшість «ядерних» злочинів вже давно криміналізоване.

Застосування єдиної системи санкцій також не має свого сенсу, оскільки застосування покарань залежить від правової культури та характеристики законодавства суб'єктів, наприклад, федерації, де питання покарання залежать від стану та традицій суспільного розвитку регіонів. Доказів же орієнтування злочинців на скоєння злочинів у країнах із низьким рівнем жорсткості санкцій не існує. У цьому сенсі вкрай важливим має бути питання вирішення адекватного розуміння кримінально-правової заборони як необхідного для політичного істеблішменту інструменту забезпечення суспільної і національної безпеки, гаранту суспільного спокою, підкріпленого примусовою силою держави регулятора антисоціальної активності громадян у конкретних просторово-часових та історичних межах. Саме обмеженість кримінальної заборони просторовими рамками не надає можливості забезпечення ефективності процесу апроксимації та гармонізації національного кримінального законодавства та утворення штучного супранаціонального кримінального права.

Ліміт кари пов'язано саме із станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування кари як з боку держави, так і мовчазним дозволом суспільства на застосування примусу відносно окремих його членів.

При чому кримінально-правовий примус (покарання та інші заходи кримінально-правового впливу) та кримінально-правовий

компроміс (примирення, реституція та компенсація), знаходячись у формальній суперечності, забезпечують ефективне обмеження каральної влади держави. Що ж стосується наднаціональних структур, то можливе вирішення питань союзової кооперації у кримінальних справах (Європейський ордер на арешт, тощо) не надає стимулу для формулювання єдиної каральної політики – мова у даному випадку йде про невідворотність відповідальності, а не про єдність кари¹¹.

Різниця юрисдикційних повноважень на міждержавному та фрагментаційному рівні політики та правової системи окремих держав веде до розвитку певних протиріч у регуляції питань захисту прав людини кримінально-правовими засобами. Показова справа TARICCO 1 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=563895>), розглянута Європейським судом справедливості у 2015 р. Кримінальна справа (шахрайство з ПДВ) розглядалася в суді першої інстанції Італії. Згідно з італійським законодавством, за скоєння злочинів, пов'язаних із фінансовим шахрайством, передбачався строк давності притягнення до відповідальності 5 та 7 років. Але при перериванні того періоду національний закон стверджував, що обмеження може бути продовжено лише на чверть терміну. На практиці це означало, що, незважаючи на те, що було своєчасне переривання, не було шансів на завершення судового провадження до досягнення цього максимуму. Обвинувачені мали би фактичну безкарність. У справі Taricco I Велика палата ЄСС зайняла позицію, що розглянуте національне правило, «може мати несприятливий вплив на виконання зобов'язань держав-членів згідно зі статтею 325 (1) та (2) Договору про формування Європейського Союзу, якщо це національне правило перешкоджає встановленню ефективних

¹¹ Туляков В.О. Апроксимація у кримінальному законодавстві. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. Одеса : Юрид. л-ра, 2009. Вип. 47. С. 7–11.

та стримуючих факторів та штрафних санкцій у значній кількості випадків серйозного шахрайства, що зачіпає фінансові інтереси Європейського Союзу. Національний суд повинен повною мірою застосувати статтю 325 (1) та (2) Договору про формування Європейського Союзу, якщо це необхідно не застосовуючи норм національного законодавства, наслідком яких є запобігання відповідній державі-члену виконувати свої зобов'язання. Таким чином, національний суд був примушений не застосовувати національне правило та застосовувати більш тривалий строк давності притягнення до кримінальної відповідальності, щоб гарантувати ефективність та примат юридичної сили права ЄС. Іншими словами, було чітко встановлено, що італійські обмеження щодо тривалості переривання терміну притягнення до кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами несумісні із законодавством ЄС та національні суди повинні застосовувати норми ЄС. Проти цього певним чином заперечив Конституційний суд Італії. З точки зору Конституційного суду Італії, право ЄС не надавало ознак конкретних санкцій у кримінальному сенсі. До того ж «передбачуваність, точність та відсутність зворотної сили» є загальними вимогами до кримінальних правопорушень у правопорядку ЄС та держав-членів, а також згідно з практикою ЄСПЛ, у питаннях, які стосуються «визначення злочину та визначення покарання», іншими словами, у питаннях підстав та наслідків кримінальної відповідальності. У грудні 2017 року Європейський суд справедливості (ЄСС) нарешті виніс рішення, яке поклало край так званій сазі про Тарікко. Що ще важливіше, це рішення TARICCO II (Справа C-42/17 – MAS & MB URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-42/17>) стосується взаємозв'язку між принципами першості, ефективності та прямої дії права ЄС, з одного боку, та концепцією національної (і особливо кримінально-правової) ідентичності держав-членів, з іншого. Воно також розглядає ступінь можливості

для держав-членів не застосовувати право ЄС, якщо це суперечить вищому принципу, гарантованому їх національною конституцією.

Таким чином, ЄСС, знайшов компромісне рішення, одночасно забезпечуючи повагу основних прав особи та не підриваючи принцип першості та ефективності права ЄС. Відповідно до міркувань ЄСС, оцінка того, чи може законодавство ЄС вважатись несумісним із вищими національними принципами, повинна проводитися в кожному конкретному випадку: в першу чергу Європейським Судом Справедливості і лише пізніше, компетентними національними органами. ЄСС видав тим самим карт бланш Італійському суду, заявляючи, що національний суд повинен вирішити, чи призведе рішення Taricco I «до ситуації невизначеності в італійській правовій системі щодо визначення застосовних норм давності притягнення до відповідальності, що було б на порушення принципу визначеності кримінального законодавства. Якщо це справді так, національний суд не зобов'язаний не застосовувати положення Кримінального кодексу, про який йдеться» (§ 59)¹². Тобто у даному випадку суд встановив тест визначеності національного кримінального законодавства та можливості його безпосереднього застосування, незважаючи на першість права ЄС. Це не тільки не порушує універсального права прав людини, но й відповідає усталеному розподілу юрисдикційних повноважень держави.

Термін «юрисдикція» достатньо поширено використовується у сучасній практиці правозастосування та у правовій доктрині. Професор Рейн Ливоха вважає що:

- юристи найчастіше говорять про «юрисдикцію», коли обговорюють види питань, які можуть бути компетенцією відповідного суду чи трибуналі. Таким чином, питання про те, чи може суд

¹² Costanza Di Francesco Maesa. Effectiveness and primacy of EU law v. higher national protection of fundamental rights and national identitya look through the lens of the Taricco II Judgment Eurim: the European Criminal Law Associations' forum No. 1, 2018, P. 50–56.

розглядати справу та вирішувати справу, може бути сформульовано як розслідування щодо юрисдикції цього суду.

- Термін «юрисдикція» може також використовуватися під час вирішення сфери справ, яку держава може прагнути регулювати та контролювати. У цьому сенсі має сенс говорити про державу, яка має юрисдикцію вирішувати низку питань за допомогою власної правової системи. Подібним чином можна мати справу з юрисдикцією одиниці держави (особливо федеральної одиниці, наприклад, штату США чи німецької землі), або наднаціонального утворення (скажімо, Європейського Союзу). Тут питання стосується охоплення – географічного чи іншого – певного правового порядку.
- «Юрисдикція» може бути словом, що описує територію, на якій державний орган або судовий орган регулярно здійснює свої повноваження. Таким чином, коли хтось каже, що «обвинувачений утік з юрисдикції», слово «юрисдикція» має географічне, територіальне значення.
- Фактичні відносини між державою та особою чи річчю також можна назвати «юрисдикцією». Таким чином, згідно з договорами про права людини держави пов'язані певними зобов'язаннями перед особами, які перебувають у «їхній юрисдикції». Тут мова йде про ефективний контроль, не обов'язково про юрисдикцію в сенсі юридичної влади чи території.
- «Юрисдикція» може, дещо розмовно, стосуватися самого політичного чи судового органу. Тож можна сказати, що «інші юрисдикції» вирішують певне питання певним чином, що стосується практики інших держав чи територій або просто інших судів¹³.

Отже, як вважають фахівці: «У правознавстві юрисдикцію розуміють у широкому і вузькому значенні; розрізняють предметну, персональну, територіальну, часову, повну й обмежену, обов'язкову, основну і факультативну, конституційну,

¹³ Rain Liivoja *Criminal jurisdiction over armed forces abroad*. Cambridge : Cambridge University Press. 2017.

кримінальну, адміністративну, цивільну юрисдикцію тощо. Поняття «юрисдикція» у різних галузях права має власну генезу практичного застосування, вживання і теоретичного дослідження. Відзначається стале вживання його у міжнародному й адміністративному праві¹⁴.

У контексті нашої роботи важливо підкреслити, що кожна держава, що підписала Європейську конвенцію про захист прав людини, визнає юрисдикцію Європейського Суду з прав людини. Його остаточні рішення стосовно справ, порушених проти конкретної країни є обов'язковими для виконання. Крім того, обов'язковими для національних судів та правоохоронних органів є також тлумачення норм Конвенції та протоколів до неї, які дає Суд по справам проти країни, та рекомендованими до застосування по іншій практиці. Юрисдикція Суду відповідно до положень ст. 32 Конвенції, поширюється на всі питання, що стосуються роз'яснення та використання Конвенції і протоколів, та розглядаються Судом згідно зі ст.ст. 33 (міждержавні справи), 34 (індивідуальні справи) та 47 (консультативні висновки за запитом Комітету Міністрів), положенням протоколу 16 (консультативні висновки за запитом національних органів судової влади) Конвенції. «Здійснення юрисдикції є необхідною умовою для того, щоб Договірна Держава могла бути притягнена до відповідальності за дії чи бездіяльність, які можуть бути поставлені їй у провину і які є причиною твердження про порушення прав і свобод, передбачених Конвенцією»¹⁵.

Юрисдикція Суду складається з чотирьох аспектів: предметна юрисдикція (*ratione materiae*), територіальна юрисдикція (*ratione loci*), юрисдикція в часі (*ratione temporis*), юрисдикція за колом суб'єктів (*ratione personae*). За предметною

¹⁴ Баулін О.В. Поняття юрисдикції і новий кримінальний процесуальний кодекс України. *Юридичний часопис Національної Академії Внутрішніх Справ*, № 2, 2013. С. 10–11.

¹⁵ Посібник зі статті 1 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург, 2018 URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_UKR.pdf

юрисдикцією (*ratione materiae*). Суд здійснює захист тільки тих прав, які зазначені в Конвенції та її протоколах. Крім того, Суд не приймає до розгляду будь-яку скаргу щодо порушених прав, які явно чи по суті не належать до Конвенції, навіть коли такі права гарантуються іншими міжнародними договорами. Наприклад, розгляд заяв про порушення таких прав, як право на самовизначення, право на доступ до державної служби або захист більшості економічних та соціальних прав залишається поза компетенцією Суду. Під час встановлення предметної компетенції при розгляді скарги Суд спирається на власне розуміння характеру чи змісту того чи іншого порушеного права. Проте прийняття Судом рішення щодо поданого звернення сумісності з предметною юрисдикцією з положеннями Конвенції не означає визнання Судом наявності порушення права чи прав, гарантованих Конвенцією, оскільки цьому має передувати комплексний розгляд справи як стосовно прийнятності заяви, так і стосовно суті справи. Предметна юрисдикція Суду є найбільш динамічною, оскільки відповідні положення Конвенції постійно набувають нового розуміння за результатами. На сьогоднішній день Європейський суд з прав людини вважається однією з основних міжнародних правозахисних інституцій європейської системи захисту прав людини. Територіальна юрисдикція (*ratione loci*) Суду в контексті положень ст. 1 Конвенції тісно пов'язана з їхньою територією, але не завжди обмежується суто цією територією. Також згідно з нормами міжнародного права до території держави відносять і ті об'єкти, які прирівнюються до території держави. А тому під юрисдикцію держави підпадають дії посадових осіб держави на території іншої держави. У практиці Суду виокремився та набув поширення екстериторіальний принцип під час визначення юрисдикції Суду. Отже, територіальну юрисдикцію Суду можна розповсюдити на сукупність територій держав-учасниць Конвенції, а також територій, за міжнародні відносини

яких вони відповідають. Юрисдикція в часі (*ratione temporis*) починає діяти, тобто породжувати права і обов'язки для держав-учасниць з моменту набуття чинності, а для держав, що приєдналися – з моменту набуття чинності для кожної держави, яка приєдналася. Відповідно до положень Конвенції, Суд не розглядає подані заяви щодо фактів порушення прав людини, які відбулись до моменту набрання чинності Конвенції для держави-відповідача. Проте практика Суду свідчить, що винятки можуть становити заяви, в яких йдеться про «триваючі порушення»: коли початкові факти порушення, відображеного в заяві, мали місце до дати набрання чинності Конвенції для держави-відповідача, але вони безпосередньо визначали стан заявника вже після зазначеної дати. Відповідно до положень ст. 58 Конвенції кінцевим проміжком часу юрисдикції Суду для Високої Договірної Сторони визначається з моменту денонсації Конвенції (денонсація може відбутись через п'ять років з моменту набрання чинності Конвенції державою-учасницею та через шість місяців після офіційного звернення до Генерального секретаря Ради Європи), але не звільняє її від взятих зобов'язань Конвенції щодо будь-якого порушення, яке могло бути вчинене до дати набрання дії денонсації»¹⁶.

Отже, юрисдикція визначається як повноваження та компетенція держави чи суду або трибуналу за міжнародним правом регулювати та встановлювати заходи примусу у випадках коли такі відповідні дії учасників правовідносин є незаконними. Поруч з цим, колізійність чи слабкість національної або територіальної юрисдикції дозволяє застосовувати й так звану *універсальну юрисдикцію*.

Згідно практиці Європейського суду, у випадках, коли за звичаєм, міжнародним чи іншим договором органи влади Договірної

¹⁶ Галкін І. Г. Особливості юрисдикції Європейського суду з прав людини. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 4. С. 285–288; Дудаш Т.І. Практика Європейського суду з прав людини : навч.-практ. посіб. / Т.І. Дудаш. Київ : Алерта, 2013. 368 с.

держави виконують виконавчі або судові функції на території іншої держави, Договірна держава може нести відповідальність за порушення Конвенції, що відбуваються при цьому, якщо відповідні дії приписуються їй, а не територіальній державі¹⁷ (див: *AL-SKEINI AND OTHERS V. THE UNITED KINGDOM* URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606> P. 135).

У ряді випадків універсальна юрисдикція дозволяє державам чи міжнародним організаціям вимагати кримінальної юрисдикції щодо обвинуваченого незалежно від того, де було скоєно передбачуваний злочин, та незалежно від національності обвинуваченого, країни проживання чи будь-яких інших стосунків із суб'єктом обвинувачення. Справа у тому, що певні злочини становлять настільки серйозну загрозу для міжнародного співтовариства в цілому, що держави мають логічний і моральний обов'язок притягнути до відповідальності особу винну у злочині геноциду, злочинах проти людства, військових злочинах, та ін.

У справі Йоргіч проти Німеччини було порушено питання про те, чи повинні суворо застосовуватися кримінальні закони та який обсяг їхньої інтерпретації. У цій справі німецькі суди заявили, що заявник із Боснії був засуджений за геноцид за участь у «етнічних чистках» боснійських мусульман боснійськими сербами в Добої. Заявник стверджував, що визначення злочину геноциду, що було застосовувано німецькими судами було ширшим, ніж визначення у міжнародному праві або визначення у національному законі на момент скоєння злочину. На думку заявника, злочин геноциду включав лише вбивство, винищення чи депортація з метою знищення групи в біологічно-фізичному плані, але не просто як окрему соціальну одиницю. Відповідно, його засудження порушило ст. 7 Європейської конвенції, оскільки його діями ці характеристики не охоплювалися. Навпаки, німецькі суди стверджували що визначення злочину

¹⁷ Посібник зі статті 1 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург, 2018. P. 10. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_UKR.pdf

геноциду охоплювало не лише біологічно-фізичне знищення групи осіб, але також знищення групи як соціальної одиниці з її відмінністю та особливістю почуття соціальної спільноти. Тим не менше, у справі Йоргіча Європейський суд з прав людини зазначив, що судове тлумачення є неминучим, але також необхідним для поступового розвитку кримінального права. Як наслідок, ст. 7 ЄКПЛ не можна сприймати як заборону тлумачення та роз'яснення у кожному конкретному випадку, з важливою умовою послідовності результатів відповідно до суті правопорушення і могло б бути обґрунтовано передбачено. У зв'язку з цим судді Суду прийняли аргументи німецьких судів і дійшли висновку, що заснований на визначенні злочину геноциду, встановленому Конвенцією про геноцид пункт «етнічна чистка» може бути лише формою геноциду за змістом Конвенції, якщо вона відповідає або підпадає під одну з категорій діянь, Конвенції. Ні намір, як питання політики, зробити територію «етнічно однорідною», а також операції, які можуть бути здійснені для реалізації такої політики, як такої може бути позначена як геноцид: намір, що характеризує геноцид, знищити, повністю або частково «певну групу та навіть депортацію або переміщення членів групи якщо це здійснюється силою, не є обов'язковим. До того ж прохання заявника було відхилене на підставі того, що сторони Конвенції про геноцид (включаючи Німеччину) мали зобов'язання покарати за геноцид і, таким чином, могли здійснювати свою універсальну юрисдикцію на екстериторіальній основі і незалежно від національності обвинуваченого.

Окрім того, згідно з практикою ЄСПЛ, можливе встановлення відповідальності за екстериторіальне використання владних повноважень держави поза її територією у випадках:

- здійснення суверенної влади іншою державою за її згодою;
- застосування сили агентами держави за межами її території;
- принципу «ефективного контролю» в контексті здійснення юрисдикції над певною територією;

- юрисдикції «активної» держави на підставі її військових дій поза межами власної території;
- юрисдикції держави, на території якої відбуваються бойові дії, розпочаті іншою державою (або сепаратистами);
- делегування повноважень держави або спільного здійснення таких повноважень разом із іншою державою;
- покладання відповідальності за стверджуване порушення на Європейський Союз;
- покладання відповідальності за стверджувані порушення на ООН (проведення міжнародних військових операцій; застосування міжнародних санкцій Радою Безпеки ООН);
- покладання відповідальності за стверджуване порушення на інші міжнародні організації.

Отже, концепція універсальної юрисдикції тісно пов'язана з концепцією *jus cogens* – про те, що певні зобов'язання міжнародного права є обов'язковими для виконання всіма державами.

Національна юрисдикція та права людини. Закон не може дати суттєвих вказівок особам, якщо вони завжди повинні дотримуватися усіх кримінальних законів, які всі держави світу вважають розумними прийняти. Посеред дублюючих та суперечливих заборон з боку різних національних правових систем будь-яке повідомлення, яке хоче передавати кримінальне законодавство, буде повністю загублено. Іншими словами, не зважаючи на регулятивну функцію (кримінального) права, суто процедурне підхід до юрисдикції не проходить виклик верховенства права. Отже, під час обговорення обсягу юрисдикції першим запитанням, на яке потрібно поставити відповідь, є відповідність кримінального законодавства конкретної держави до регуляторів прав людини¹⁸.

У контексті ідеології сталого розвитку та досягнення щастя, що має глобальний характер, не може існувати єдиної моделі

¹⁸ Rain Liivoja *Criminal jurisdiction over armed forces abroad*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

розвитку вчення про злочин та покарання, проте у кримінально-правових розвідках повинна бути єдина методологічна основа побудована на приматі природних прав людини. «Проблеми культурного релятивізму, – писав Ф. Фукуяма, – змушує нас знову подумати, чи не поквапилися ми, відкидаючи думку, що права людини засновані на природі людини: існування єдиної природи людини, спільної для всіх народів світу, дає – хоча й теоретично – загальну основу для побудови універсальних прав людини. Однак віра в натуралістичну оману так глибоко вкоренилася в сучасній західній думці, що відродження заявки про природні права стає серйозним завданням»¹⁹.

Звідси універсальність захисту природних прав є науковою парадигмою, що розвивається в атмосфері ідеологічних оцінок кожної держави (мирової чи регіональної спільноти) на рівні політичній, професійній та загальній нормосвідомості.

Формуванню сучасної концепції національного кримінального права передує ідея побудови загальної основи формування парадигм універсальності кримінального права (захист природних прав та безпека носіїв) у контексті права на безпеку та безпеки права.

Відповідно в системі кримінально-правового впливу сучасності право держави на покарання винної особи кореспондує праву порушника бути покараним, а заборона небажаної поведінки – праву на вчинення кримінального правопорушення як форми протидії незаконній у сенсі природних прав людини криміналізації. Виникає просте запитання: чому у сучасних кримінально-правових дослідженнях так багато уваги приділяється аналізу питань криміналізації відповідних явищ і процесів, застосуванню новітніх (альтернативних) покарань і заходів впливу і так мало уваги приділяється аналізу ефективності відповідних покарань чи прогнозу ефективності норми?

¹⁹ Фукуяма Ф. Наше постчеловеческое будущее URL: <http://www.e-reading.club/chapter.php/143497/25>

Можливо тому, що еклектика кримінального права виконує позитивну функцію формування державного образу регулювання чогось *sui generis*, але не формування сенсу кримінального права?

Кримінально-правові сенси загалом засновані на приматі природних прав на щастя та надію – на щастя жити у безпеці та протест проти правових дисфункцій/зловживань та на надію справедливої і легітимної кари, реституцію та ресоціалізацію у разі порушення закону. Гуманістична спрямованість правових позицій ЄСПЛ надає цьому процесу динамічного характеру.

Але не завжди цей процес виконує позитивні функції.

Наприклад, нормативна усталеність класичного кримінального права згідно з позиціями диверсифікації образів кримінального у практиці ЄСПЛ (також й у національній практиці кримінально-правового регулювання та судового тлумачення кримінального закону) стає юридичною фікцією.

Інфляція моделі прав людини, що пов'язана із розвитком та інфляцією змістовної характеристики основних прав (поширене тлумачення статей 2–7 Європейської конвенції із захисту прав людини і основоположних свобод, обмеження використання статей 8–10) та неможливістю існування системи їх надійного правового захисту, стає все більш вираженою.

У справах *Vinter v. United Kingdom* URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-122664>, *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina* URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-122716>, *Del Rio Prada v. Spain* URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-127697> ця спрямованість судової практики не лише на справедливість та легітимність, а й на реабілітаційну зафарбованість кримінально-правового примусу особливо помітні.

Європейський суд наголошує на праві на щастя та праві на надію як ландшафті каральних і дисциплінарних практик держави. Але це не завжди враховується громадянським суспільством, хоча активно (до зловживань і порушень) експлуатується.

Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється виправлювальною дискримінацією, що заснована на гуманізації кримінального впливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування жорсткості кримінального закону щодо інших. До того ж глобалізація сенсів та моделей протидії злочинності все більш залежить від суб'єктних оцінок влади та поширення постправди у соціальних мережах чи інших комунікаційних ресурсах. Отже в сучасних умовах розвитку системи національної кримінальної юрисдикції, право бути покараним за порушення права та право мати право на ресоціалізацію й реінтеграцію в суспільство є формою реалізації права на надію як гарантії проти позасудових репресій та зловживань владою. Вказані положення мають знайти відбиття у подальшій розробці теорії кримінальної відповідальності та прав людини.

Питання для самоконтролю

1. У чому полягає значущість теорії прав людини для теорії криміналізації?
2. Як впливає політична доцільність на криміналізацію?
3. У чому полягає конфлікт суверенітетів між державами та міждержавними об'єднаннями?
4. Які види юрисдикцій Вам відомі? У чому значущість справи ТАРИККО для формування Європейської кримінальної політики?
5. Що таке право на надію в контексті практики ЄСПЛ?

Рекомендована література при вивченні підрозділу

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004
2. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження

і покарання: Ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 3484-XI від 26 січня 1987 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1987. № 6. Ст. 101 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085

3. Антипов В.І. Кримінальний кодекс України в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини: правові норми, судова практика, науково-практичний коментар : науково-практичне видання. Харків : Право, 2019. 1200 с.
4. Буняк В.С. Європейська конвенція з прав людини та кримінальне право : науково-практичний посібник / відп. ред. В.С. Ковальський. Київ : Юрінком Інтер, 2020. 156 с.
5. Житний О.О. Кримінальне право України в міжнародному вимірі (порівняльно-правовий аналіз) Х. : Одіссей, 2013. 376 с.
6. Сучасний кримінальний процес країн Європи : монографія / В.В. Луцик, В.А. Савченко, В.І. Самарін та ін. ; за ред. В.В. Луцика та В.І. Самаріна. Харків : Право, 2018.
7. Туляков В.О. Принцип законності в динаміці рішень ЄСПЛ та розвиток кримінального законодавства України. Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. (санаторій «Березовий гай», село Березівське) ; ред. кол. : В.Я. Тацій (голов. ред.), А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін. Харків : Право, 2020. 500 с. С. 125–130.
8. English-Ukrainian International Case Law dictionary under general editor-ship of S.V. Kivalov, Yu.V. Yulinetzka. Academic contributors : G.A. Ulyanova, V.A. Tulyakov, M.V. Mamich, M.I. Pashkovsky. National University «Odesa Law Academy». Second edition. Odesa : Yurydychna literature, 2018. 548 p.

РОЗДІЛ 2

ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ПОКАРАННЯ В ОКРЕМИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

Порівняння іноземних та національних систем задля виявлення розбіжностей та єдності у правовому регулюванні; аналіз рішень що запропоновані різними системами; вивчення детермінаційних зв'язків між різними системами права; порівняння різних інститутів різних систем: аналіз сутності, еволюції особливостей регуляції тотожних суспільних відносин, інститутів та норм у різних системах визнаються основними типами сучасних компаративних досліджень. Отже з'ясування особливостей сутнісної та функціональної складової кримінальної відповідальності та індивідуалізації покарання вимагає від дослідника розуміння не стільки історичних коренів полісистемного суспільства, скільки особливостей глобалізаційних процесів, що мають місце в регіоні. Це надає новий імпульс питанням розвитку адекватної кримінально-правової політики та організації менеджменту управління інтеграційними процесами²⁰

²⁰ Кудрявцев В.Н. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / [В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин и др.] ; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. Москва : Наука, 1982. 304 с.; Туляков В.А. Глобальные риски мирового экономического форума и задачи уголовной политики / В.А.Туляков // Заходи кримінально-правового впливу: проблеми нормативної регламентації та ефективності застосування : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 7 лютого 2014 року / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. Акад. С.В. Ківалов ; ред. кол. проф. В.Д. Берназ, проф. Є.Л. Стрельцов, доц. Н.А. Орловська. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2014. 216 с. С. 31–33; Стрельцов Є.Л. Українське та Європейське законодавство кримінально-правового напрямку: спільне, різне, необхідність погодження. Європейське і національне

у тому числі й у галузі апроксимації кримінального права з правом ЄС у рамках сучасних інтеграційних процесів²¹. При чому у галузі призначення покарання розвиток йде по моделі кримінальної політики держави, чи співдружності держав, що поєднує як жорстко формалізований підхід до обмеження судової дискреції, до гармонічної дуальної моделі сучасного карального та карально-виховного процесу²².

Справа у тому, що, караючи особистість, законодавець та суд виходять із лімітів суспільної небезпеки діяння. Але індивідуалізація покарання на стадії політики нормотворчості, судової дискреції чи виконання покарання повинна бути диверсифікованою,

кримінальне право: шляхи та перспективи розвитку. Третє юридичне читання. Матеріали міжнародної наукової конференції : збірник доповідей. Одеса, 2007. С. 11–13.

²¹ Стрельцов В.Ю. Новітні методи управління інтеграційними процесами в ЄС. Актуальні проблеми державного управління. 2009. № 2. С. 294–298; Туляков В.О. Апроксимація у кримінальному законодавстві. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. / ред. кол. : С.В. Ківалов (голов. ред.), Ю.М. Оборотов (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін та ін. ; МОН України, ОНЮА. Одеса : Юрид. л-ра, 2009. Вип. 47. С. 7–11; Гончарук О.В. Передумови виникнення та перспективи розвитку європейського кримінального права. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 115(2). С. 66–70; Муравйов В. Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу в рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС / В. Муравйов, Н. Мушак. Віче. 2013. № 8. С. 12–18.

²² Стрельцов Е.Л. Противодействие преступности в Европе: необходимость правовой интеграции. *Юридичний вісник України*, № 39, 1–7 жовтня 2011 р. С. 6–7; Фріс П.Л. Кримінально-правова політика України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2005. 35 с.; Полянський Є.Ю. Призначення покарання за кримінальним правом США : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2007. 17 с.; Ісхендеров Ф.Ш. Дуалізм правового визначення ознак індивідуалізації покарання: компаративний аналіз. *Підприємництво, господарство, право*. 2017. № 7. С. 126–130; Романенко О.В. Пенітенціарна функція демократичної правової держави та роль громадянського суспільства в механізмі її реалізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2004. 19 с.; Марченко Н.В. Додаткові покарання та особливості їх призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Акад. адвокатури України. Київ, 2009. 20 с.; Становський М.Н. Назначение наказания. С–Петербург, 1999. Гл. 1. С. 8–136; Ashworth A. *Sentencing and Criminal Justice*. Cambridge : Cambridge University Press. P. 210; Bagaric M. *Punishment and Sentencing: A Rational Approach*. London : Cavendish Publishing, 2001; Сундуров Ф.Р. Наказание и альтернативные меры в уголовном праве. Казань : Казанский гос. ун–т, 2005.

та, поєднуючи усі елементи, – забезпечити максимальні можливості з'ясування характеристик особистості та відповідних суспільній небезпеці нормативних приписів. Принцип індивідуалізації покарання, – як зазначав Ю.М. Ткачевський свого часу, діє як при призначенні, так і в процесі його виконання»²³.

Відповідні положення існують і у приписах кримінально-правової доктрини деяких Європейських держав²⁴. «Не вдаючись у детальний аналіз кожної складової індивідуалізації покарання, виокремлення суперечливих позицій, можна дійти висновку, що найбільш типовими характеристиками індивідуалізації покарання є: характер та ступінь суспільної небезпек злочину (КК РФ, КК РБ), ступінь небезпеки вчиненого злочину (КК Литви, КК Албанії, КК Румунії, КК Болгарії), характер вчиненого злочину (КК Латвії), ступінь суспільної шкідливості діяння (КК Польщі), тяжкість злочину (КК Молдови); характер нанесеної шкоди та розмір заподіяних збитків, доходів, одержаних злочинним шляхом (КК РБ, КК Латвії, КК Сербії); форма та вид вини (КК Литви), ступінь вини (КК Албанії, КК Сербії, КК Словаччини); особа винного (КК РФ, КК Литви, Латвії, Румунії, Словаччини), небезпечність винного, що вчинив злочин (КК Албанії, КК Болгарії), минула поведінка правопорушника

²³ Ткачевський, Ю.М. Прогрессивная система исполнения уголовных наказаний. Москва: Зерцало, 1997.

²⁴ Понятовская Т.Г. Концептуальные основы уголовного права России. История и современность : автореферат дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 - Уголовное право ; Криминология ; Уголовно-исполнительное право. Уральская государственная юридическая академия. Екатеринбург, 1997. 34 с.; Багрий-Шахматов Л.В. Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и формы ее реализации : Ч. I. Одесса, 1998; Баршев С. О мере наказания. Москва, 1840; Бажанов М.И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. Киев, 1980; Бурлаков В.Н. Личность преступника и назначение наказания. Ленинград, 1986; Галиакбаров Р.Р. Система и виды наказаний. Горький, 1986; Pașca V. Curs de drept penal. Partea generală. Bucharest : Universul Juridic Publishing House, 2012. 403 p.; Демченко І.М. Діалектика одиничного, особливого та загального в нормах Кримінального кодексу України щодо призначення покарання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право*. 2014. Вип. 28(3). С. 13–16. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2014_28\(3\)_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2014_28(3)_4)

його особистість, поведінка після вчинення злочину та його ставлення до жертви злочину (КК Сербії); стадія злочину (КК Литви), обставини злочину (КК Сербії), мотиви та мета вчиненого (КК РБ, КК Молдови, КК Литви, КК Сербії); форма та вид участі особи в якості співучасника злочину (КК Литви, КК Словаччини); пом'якшуючі та обтяжуючі обставини (переважна більшість кримінальних кодексів)»²⁵.

Враховуючи відкритість кордонів та глобалізацію злочинності, значущість Кавказько-Балканського регіону у сучасних європейських взаємовідносинах, та актуальність комплексної протидії злочинності у ньому, виникає політичне питання оптимізації та гармонізації кримінально-правового впливу і у країнах Причорноморського басейну (Азербайджан, Армєнія, Молдова, Румунія, Болгарія, Туреччина, Грузія, Греція та південні області європейської частини Російської Федерації). Початок боротьби з тероризмом, анексія Криму, підсилення економічних міграційних потоків суттєво вплинули на підвищення інтересу до Чорноморського регіону як перехрестя торгово-транспортних осей «Схід – Захід» та «Північ – Південь», регіону підвищеного міграційного ризику, транспортного коридору по незаконному обігу капіталів, зброї, наркотичних речовин, торгівлі людьми між Європою та Азією. Отже співробітництво у сфері оптимізації кримінальної політики у цьому регіоні має забезпечити стабільну політичну, соціальну та економічну безпеку держав за рахунок розширення міжнародних контактів на всіх рівнях. Наприкінці ХХ ст. відбулися значні зміни у політико-економічній побудові Європи, що спричинило, зокрема, до виникнення низки субрегіональних структур від Балтійського до Чорного морів, які певним чином сприяли демонтажу «залізної завіси». До таких структур входили країни з майже однаковим

²⁵ Демченко І.М. Загальні норми про призначення покарання у кримінальному законодавстві окремих постсоціалістичних країн Європи. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 4. С. 88–95. URL: <http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju>

«посткомуністичним» станом економіки й політики, що сприяло їх подальшій інтеграції в європейське середовище. Поява на політичній карті Європи суверенної України – помітна подія в розвитку сучасної міжнародної системи. Йдеться про державу, яка за розмірами своєї території, кількістю населення, економічними можливостями, інтелектуальним та науково технічним потенціалом належить до розвинутих, найбільших європейських країн, що робить нашу державу відчутним фактором міжнародного життя. Сьогодні Україна шукає своє місце в багаторівневій ієрархічній будові міжнародної системи. Позиція України є вирішальною для формування архітектури цієї системи не тільки на регіональному, але й на глобальному рівнях.

При цьому потрібно враховувати той факт, що останніми роками Чорноморський регіон почав займати важливе місце в політиці не тільки традиційних гравців, але і таких міжнародних акторів, як США, НАТО і Євросоюз. Посилення інтересу сприяли чотири важливі події: «революція троянд» у Грузії і «помаранчева революція» в Україні, початок переговорів про попередній вступ Туреччини до Євросоюзу в 2005 році, вступ до Євросоюзу Болгарії і Румунії в 2007, збільшена увага до транспортування Каспійської нафти і природного газу, анексія Криму. США і НАТО сприймають регіон як альтернативне джерело енергосировинних ресурсів, як базу просування на Близький Схід, як буферну зону, що ослаблює витікаючи погрози з Півдня. Євросоюз здійснює свою політику в районі Чорного моря трьома напрямками: процес розширення ЄС, «Політика європейського добросусідства», яка охоплює Україну, Молдову і три південно-кавказькі країни, а також відносини з Росією [54–59]. Просуваючи регіональні ініціативи на своїй периферії, ЄС, як правило, пропонує дві моделі співпраці. Перша застосовувалася для країн Середземного моря і Південно-Східної Європи, де ніяких регіональних механізмів раніше не існувало. Таким чином,

перед країнами Чорноморського регіону стоїть завдання: яку модель співпраці з Євросоюзом прийняти.

Слід зазначити, що активні геополітичні дослідження у цьому напрямку є дуже важливими, так як ігнорування ними призводить до того, що при досить сильному потенціалі, держава перетворюється в об'єкт маніпуляції сильнішими державами, тобто, втрачає суверенітет.

Закони геополітики застосовуються до всіх держав без виключення, незалежно від їх статусу і місця в міжнародній системі. В сучасних умовах, значно збільшилася широта вибору зовнішньополітичних рішень, але незбагненно збільшилась і відповідальність за правильність вибору, який би відповідав стратегічним національним інтересам. Виробити правильний зовнішньополітичний курс, визначитися з кримінальною політикою неможливо без широкого геополітичного аналізу й врахування особливостей геополітичного положення, так як в процесі його формуються загальні закони функціонування та визначаються особливості міжнародної системи сучасної євроінтеграційної кримінальної політики²⁶.

Основною тезою цього розділу є положення щодо дуалізму правового значення ознак принципу індивідуалізації покарання, згідно якому індивідуалізація це не тільки принцип інституту пропорційності призначення покарання (відповідно до котрого суд, на основі оцінки ряду загальних і спеціальних критеріїв, зазначених у законі, визначає особі, яка вчинила злочин, справедливу міру покарання, спрямовану на досягнення цілей виправлення засудженого і приватної превенції, а також сприяє досягненню інших цілей, поставлених перед покаранням), але також генетично пов'язаний з попереднім принцип відбування покарання (застосовується у процесі правореалізації при визначенні

²⁶ Зарождение европейской уголовно-правовой нормы. URL: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1116145&subID=100073964,100073965#text>; Tuliakov V., Birjukov P. Preface. Law of the European Union : textbook. Voronezh, 2016. P. 11.

індивідуальних особливостей відбування покарання та проти дії злочинності). На системному рівні це міждисциплінарний інститут, який поєднує нормативне визначення принципу пропорційності при призначенні покарання, характеристики судової дискреції, та адміністративного поведіння у процесі виконання покарання та інших кримінально-правових заходів.

Сучасні розвідки теорії кримінального права свідчать про нагальну сутність використання пропорційності при індивідуалізації та диференціації відповідальності. Вважається, що сьогодні на принципі пропорційності ґрунтується законодавче регулювання та практична реалізація юридичної відповідальності в усіх демократичних країнах. Цей принцип активно застосовується в практиці національних і міжнародних судів з метою захисту прав людини. *Принцип пропорційності вимагає, щоб при призначенні покарання був знайдений баланс конкуруючих інтересів, при цьому враховуватися має не тільки те, як передбачені санкцією заходи сприятимуть захисту публічних і приватних інтересів, а й те, який вплив вони матимуть на особу, яка порушила право.* Принцип пропорційності передбачає обов'язок законодавця передбачати в нормативних правових актах такі санкції, які забезпечують відповідність діяння і покарання, і обов'язок судів здійснювати їх належне застосування²⁷.

Представники Одеської школи права стверджують: «По суті принцип пропорційності, який застосовується Судом при тлумаченні Конвенції, передбачає наявність цілої низки вимог до правових актів держави, що регулюють поведінку індивіда. Вони не можуть бути свавільними, нерозумними, несправедливими, необґрунтованими або зумовленими примхами законодавців. Обрані засоби мають органічно та раціонально співвідноситися з бажаним результатом, досягнення якого реалізується прийняттям державного рішення. Ці вимоги є гарантією від

²⁷ Бажанов А.А. Соразмерность как условие справедливости санкции. *Вестник РУДН. Серия: Юридические науки* 2017. Т. 21. № 4. С. 486–507.

застосування проти особи свавільних і необґрунтованих дій державних органів, що чиняться на підставі антиправового акту. Найбільше уваги Суд приділяє перевірці пропорційності застосованих заходів і поставленої мети. З метою запобігання свавільним законам, на думку Суду, необхідно дотримувати двох основних вимог: 1) закон має бути загальнодоступним, щоб громадянин був у змозі зрозуміти, за яких обставин застосовується саме цей закон; 2) норма не є нормою закону, доки вона не сформульована настільки чітко, щоб громадянин міг відповідно регулювати свою поведінку, а також, у разі надання йому кваліфікованої консультації, – розумно передбачити наслідки, до яких призведе його певна дія. Принцип пропорційності та забезпечення рівноваги інтересів безпосередньо застосовується щодо тлумачення норм з елементами «сфери оцінення» і «співпрацює» із принципами автономності тлумачення та забезпечення певної сфери національного розсуду. Найбільше цей принцип діє на кінцевому етапі інтерпретації, тобто після визначення мети правової норми, змісту права, обсягу сфери оцінення держави-відповідача»²⁸.

До того ж, Європейським судом з прав людини підтримується точка зору, щодо того, що обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимими, лише у випадках, коли вони здійснені згідно з чинним законодавством і відповідають правилу «збереження основного змісту прав і свобод». Так у справі Захаров проти Росії Велика палата встановила, що російське законодавство не відповідає вимозі «якості закону» і не здатне зберегти «втручання» у рамках того, що є «необхідним у демократичному суспільстві». Відповідно, було порушено статтю 8 Конвенції (Роман Захаров проти РФ. Справа № 47143/06, рішення від 4 грудня 2015 року). Вважається, що розвинутий у цій пілотній справі *тест на пропорційність може бути побудований двома*

²⁸ Цвігун Л.А. Принципи тлумачення права Європейським судом з прав людини. Актуальні проблеми держави і права. 2011. Вип. 62. С. 530–531.

різними способами: строго вертикально, коли пропорційність залежить від послідовного виконання однієї юридичної вимоги за іншою (доречність, необхідність, балансування), та гнучко горизонтально, коли традиційні вимоги (доречність і необхідність) враховуються як фактори для загальної оцінки (балансування)²⁹.

Поруч з цим, критичний аналіз сучасної реалізації принцип пропорційності та змін у судовій практиці Європейського суду на шляху до розвинення процедурних елементів тлумачення дозволив Г.Вайпану виказати ідею про те, що зміст принцип пропорційності визначається співвідношенням двох взаємно виключних підходів – фактичного і ціннісного. Звідси фактичний підхід розглядає пропорційність як співмірність між вигодами і витратами. ціннісний підхід розглядає пропорційність як співмірність між засобом і метою. Все різноманіття наявних галузевих інтерпретацій принципу пропорційності зводиться до співвідношення зазначених двох підходів. При чому аргументація про пропорційність циклічна і логічно нескінченна. Зокрема, ідея «тесту на пропорційність» як лінійної послідовності відокремлених елементів (наявність правомірної мети; придатність обмеження; необхідність обмеження; пропорційність обмеження в строгому сенсі слова) логічно неспроможна³¹.

Звідси Європейська кримінальна політика впливає на правосвідомість та формування образів кримінального права серед науковців та законодавця, але не на формування єдиного нормативного простору. Тенденція поліцентризму веде не до уніфікації, а, навпаки до розмежування загальних характеристики

²⁹ Погребняк С. Принцип пропорційності в судовій діяльності. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. № 2. С. 54.

³⁰ Robert Spano The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity Process—Based Review and the Rule of Law. *Human Rights Law Review*, Vol. 18 Issue 3, September 2018, P. 473–494.

³¹ Вайпан Г.В. Принцип пропорциональности в современном международном праве : дисс. ... канд. юр. наук: 12.00. СПб, 2017. 436 с.

інституту індивідуалізації. Поруч з цим необхідність встановлення якості та функціональності індивідуалізації покарання системно пов'язані із необхідністю розуміння інституту індивідуалізації як інтегрального інституту кримінального та кримінально-виконавчого права, який регламентує загальні питання застосування підстав та критеріїв індивідуалізації покарання та інших кримінально-правових заходів.

Індивідуалізація покарання у сучасному кримінальному праві – це нормативно визначена сукупність інституціоналізованих правил, які визначають принцип призначення покарання, згідно з яким у кожному конкретному випадку суди зобов'язані враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, дані про особу винного та обставини справи, що пом'якшують і обтяжують покарання, особливості судової дискреції та правила виконання покарання³². Це комплексний інститут який охоплює нормативно визначений принцип призначення, судову дискрецію та адміністративні заходи, пов'язані із виконанням покарання. Цей інститут носить як національний, так і наднаціональний характер, реалізуючись у уніфікації регіональної кримінальної політики, нормативах призначення покарання за злочини проти миру та безпеки людства, нормативах поведження із кримінальними правопорушниками, та застосування принципів, дискреційних повноважень та адміністративної процедури індивідуалізації до інших, ніж покарання, кримінально-правових заходів.

Призначення справедливого, обґрунтованого і законного покарання можливо тільки за умови здійснення такого на основі суворої і науково обґрунтованої бази – теорії призначення

³² Шевченко Д.А. Принцип індивідуалізації покарання у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08, Харків, 2014. 180 с.; Диакону Константин. Юридическая индивидуализация наказания : автореф. дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08. Кишинев, 2000. 24 с.; Воронин В.Н. Индивидуализация наказания: понятие, критерии, значение : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2015. 252 с.

кримінального покарання (пеналізаційної функції права), якій теорія кваліфікації злочинів повинна стати фундаментальною основою одного з найважливіших інститутів кримінального права. Створення подібної теорії вимагає, перш за все, всебічного наукового осмислення самої суті досліджуваного процесу й його методології, а також існуючого кримінально-правового інституту призначення покарання. У цьому сенсі досить важливу роль може виконати сучасна проблематика компаративного вивчення характеристик індивідуалізації покарання³³.

У цих умовах важніше всього розглянути деякі загальні питання індивідуалізації покарання, що носять методологічний характер. Завдяки особистому характеру покарання, коли покарання звернене до особистості і носить строго індивідуальний характер, через те, що метою покарання, в тому числі, є виправлення злочинця – ми далі можемо говорити про індивідуалізацію покарання, не тільки як про один з етапів його призначення, а як наскрізний інститут, який пов'язує воедино значну кількість позицій Загальної частини КК.

Ретроспективний аналіз вітчизняного і зарубіжного досвіду в розвитку підходів до відповідальності і покарання дозволяє зробити наступні висновки:

- інститут індивідуалізації покарання в своєму розвитку пройшов довгий, вельми суперечливий історичний шлях: від визнання покарання без вини за принципом об'єктивного ставлення до диверсифікації правила кримінальної відповідальності малолітніх і виділення особливих категорій суб'єктів, що вимагає спеціальних охоронних методів і способів дії;
- починаючи з XVIII ст. у правових переконаннях мислителів європейських країн послідовно відображаються і знаходять своє законодавче закріплення погляди на необхідність

³³ Пашковський М.І. Кримінальне право ЄС : текст посібника. URL: <https://sites.google.com/site/intercrip/kriminalne-pravo-es---tekst-posibnika>

гуманістичних підходів до злочинців, які до початку XIX ст. привели до повсюдного створення спеціалізованих судів і несудових органів, що займаються проблемами покарання та застосування спеціальних заходів до осіб з поведінкою, що відхиляється.

Поняття покарання у порівняльно-правовому сенсі є достатньо розробленою категорією. Так в рамках практики ЄСПЛ воно його зміст найбільш повно розкрито в практиці застосування ст. 7 Конвенції. У рішенні по справі *Welch v. UK* сформульовані основні критерії, з урахуванням яких ЄСПЛ на власний розсуд визначає, які заходи впливу на особу є покаранням, в розумінні Конвенції до них належать такі: чи відповідний захід застосовується за вчинення кримінального правопорушення; природа та цілі застосування відповідного заходу; оцінка відповідного заходу національним законодавством; процедура призначення відповідного заходу впливу; суворість впливу.

Доречи у практиці з застосування ст. 4 Протоколу № 7 Конвенції у справі *Haarvig v. Norway* ЄСПЛ застосував значно ширше коло критеріїв, вказавши окрім названих, ще на мету, природу та порядок призначення відповідного покарання³⁴.

³⁴ Іскендеров Ф.Ш. Теоретичні основи індивідуалізації покарання в законодавстві та доктрині деяких країн Причорноморського басейну. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. Вип. 2. С. 105–109; Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf; Сорока О.О. Реалізація практики Європейського суду з прав людини у кримінальному праві України. дис. ... к. ю. н. : 12.00.08 – Кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ, 2015. 254 с.; Хім'як Ю.Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини : дис. ... к.ю.н. : 12.00.08 – Кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право. Київ, 2011. 261 с.; Хилюк С. В. «Злочин і кара» у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Часопис Академії адвокатури України*. Т. 8. № 4(29), 2015. С. 108–125; Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Київ : Реферат, 2007. 848 с.; Волосюк П.В. Решения Европейского суда по правам человека как источник уголовного права России : дис. ... к.ю.н. : 12.00.08 – Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право. Ставрополь, 2005. 172 с.

Автономна концепція поняття «покарання» у практиці ЄСПЛ передбачає, що *покарання переслідує подвійну мету: покарання і стримування від вчинення нових злочинів* (Ezeh and Connors v. UK). Хоча це не виключає, що покарання може бути спрямоване на досягнення кількох цілей, поряд з карою та запобіганням це може бути ще й відшкодування. Якщо метою застосування певного заходу примусу є лише захист суспільства від порушника, ЄСПЛ не оцінюватиме його як покарання у розумінні Конвенції. Поняття «покарання», викладене в пункті 1 статті 7 Конвенції, також є автономним у сфері застосування. Для забезпечення ефективності захисту, забезпеченої відповідно до цієї статті, Суд має бути вільним та виходити за рамки стандартної моделі і самостійно оцінювати, чи є конкретна мірою захід «покарання» за «кримінальне правопорушення». Інші фактори можуть вважатися відповідними в цьому відношенні: характер і мета міри (особливо її каральну мету) і її класифікація відповідно до національного законодавства, процедури, пов'язані з його прийняттям і виконанням, і ступенем тяжкості (Del Río Prada v. Іспанія). Проте ЄСПЛ каже, що жорсткість заходу не є вирішальною сама по собі, оскільки багато дисциплінарних заходів, що мають превентивний характер, можуть мати суттєвий вплив на особу, ЄСПЛ, зокрема, визначив наступні заходи як:

- «штрафи»: наказ про конфіскацію у зв'язку з провадженням кримінального правопорушення; заходи, що передбачають позбавлення волі у якості гарантії сплати штрафу (Jamil v. France, § 32); адміністративний штраф, встановлений у справі будівництва, еквівалентний 100 % цінності неправомірно споруджуваної будівлі (Valico SLR проти Італії); конфіскація землеволодіння на підставі незаконного будівництва, призначеного кримінальним судом, тощо;
- превентивне затримання, призначене судом першої інстанції після засудження за тяжкі злочини, беручи до уваги

превентивний і навіть каральний характер, спосіб виконання та необмежена тривалість;

- заміна тюремного ув'язнення із заборонаю на проживання у певній місцевості протягом десяти років; постійна заборона на заняття певною діяльністю, призначена судом як додаткове покарання.

Поруч з цим, з поняття покарання практика ЄСПЛ виключає:

- примусові заходи медичного характеру, які мають превентивну ціль застосування;
- включення фізичної особи до поліцейського або судового реєстру сексуальних або жорстоких правопорушників;
- обмеження займатися незаконною діяльністю;
- превентивну заборону проживання (на додачу до тюремного ув'язнення);
- адміністративну висилку або заборону проживання;
- передачу засудженої особи в іншу країну за додатковим протоколом до Конвенції Ради Європи про передачу правопорушників;
- порядок конфіскації майна на майна, що належить організаціям мафіозного типу;
- спеціальний поліцейський нагляд або домашній арешт;
- відкликання парламентського мандата депутата;
- імпічмент президента, тощо³⁵.

Як бачимо, індивідуалізація можлива та й повинна бути нормативно визначеною відносно відповідного кримінально-правового заходу, який має особливі риси. Тобто, насамперед, Європейська судова практика орієнтує нас на можливість застосування концептів покарання та його індивідуалізації до більш ширшого кола кримінально-правових заходів.

³⁵ Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf

Значення індивідуалізації відповідальності і покарання в кримінальному праві важко переоцінити. Індивідуалізація покарання відображає найбільш принципові положення кримінального та кримінально-виконавчого права, зокрема формальне матеріальне визначення злочину, принципи вини, справедливості і гуманізму, цілі покарання та ін. Вона виключає формалізм при визначенні міри кримінальної відповідальності, оскільки передбачає персоніфікацію покарання в інтересах досягнення його цілей в кожному конкретному випадку. Найважливішою її функцією є стимулювання виправлення засудженого і його утримання від вчинення нового злочину. У кримінальному праві індивідуалізація відповідальності і покарання на інституційному рівні виступає проявом принципів справедливості вини і гуманізму.

Індивідуалізація покарання має бути визначеною одним з основних міжгалузевих інститутів кримінальної юстиції, який реалізується як на етапі розробки та формулювання кримінально-правових норм, так і на етапі постановлення вироків а також на етапі виконання покарань. Можна казати про існування трьох форм індивідуалізації: правової, судової та адміністративної. Правова індивідуалізація – діяльність законодавчих органів щодо формування принципу індивідуалізації, адміністративна – діяльність органів виконання покарань щодо формування карально-виховного процесу. Судова індивідуалізація є визначення виду і терміну відбування покарання з точки зору індивідуальних ознак особистості правопорушника та соціального контексту оцінки його винного діяння з метою сягнення усіх цілей покарання та реабілітації правопорушника, його реінтеграції у суспільство. Міжгалузевий інститут індивідуалізації покарання є таким, що

- 1) має видову однорідність та спрямованість на індивідуалізацію застосування заходів кримінально-правового впливу до кримінальних правопорушників у процесі притягнення

засудження та виконання покарання чи інших кримінально-правових заходів відносно суб'єкта кримінальної відповідальності;

- 2) є підсистемою кримінального, кримінально-виконавчого, та кримінального процесуального права, тобто, відносно самостійною сукупністю норм (кодекси, інструкції, положення), що регулює процес та результат узгодження вимог нормативів та приписів кримінальної юстиції характеристикам особистості та соціальній оцінці його діяння;
- 3) є об'єктивно існуючим елементом структури вчення про злочин та покарання, який пов'язаний із процесом призначення та виконання покарання відповідно політичній волі держави, потребам соціальної спільноти та громадянського суспільства та індивідуальним характеристикам особистості та її діяння;
- 4) характеризується специфічністю засобів кримінально-правового регулювання (примус, реабілітація, реінтеграція);
- 5) втілює у своєму змісті особливу юридичну конструкцію, деякі загальні положення, єдині принципи на рівнях нормативного визначення та судової дискреції;
- 6) має можливість формувати загальні поняття у власних межах, які допомагають забезпечувати безпрогальність регульованих ним (інститутом права) відносин.

Отже у загальному вимірі можна казати про декілька проявів індивідуалізації у кримінальному праві.

Це індивідуалізація відповідальності у сфері кримінальної юстиції *sensu lato*, яка поєднує кримінально-процесуальну, кримінальну, адміністративну та дисциплінарну відповідальність суб'єкта злочину, пов'язану із юридичним фактом скоєння злочину та відповідними соціальними реакціями на нього. Індивідуалізація кримінальної відповідальності *lato senso* як міжгалузевий інститут, який поєднує нормативне визначення підстав кримінальної відповідальності, індивідуалізації

покарання, застосування інших кримінально-правових заходів визначення адміністративних та дисциплінарних заходів при виконанні покарання, чи інших кримінально-правових заходів. В рамках цієї роботи індивідуалізація покарання розглядається *lato senso* як міжгалузевий інститут, який пов'язаний із нормативним визначенням принципів та особливостей призначення покарання, судовою дискрецією (обрання міри покарання в межах кримінально-правових санкцій, поза їх межами, звільнення від покарання), адміністративними заходами при відбіванні покарання та соціальній реабілітації. Це концептуальне положення знаходить найбільш послідовне своє вираження у працях румунських вчених, представників кримінально-правової науки Грузії, Російської Федерації, Азербайджану. Звертаючись до нормативних основ проблеми, підкреслимо, що, наприклад, Кримінальний кодекс Румунії встановлює та загаломні критерії індивідуалізації покарання, які суд зобов'язаний враховувати як для призначення так і для реалізації покарання. Так, у статті 74 нового Кримінального кодексу Румунії зазначено: «Визначення обсягу або розмір штрафу повинні відповідати тяжкості злочину і соціальній небезпеці правопорушника, яка вимірюється за наступними критеріями».

³⁶ Călin Berar The individualization of punishment according to the new Criminal code. URL: <http://www.ipe.ro/RePEc/WorkingPapers/wpconf151203.pdf>; I. Various techniques of individualising punishments in the New Criminal Law. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/27177736.pdf>; Streteanu Florin Tratat de drept penal. Partea generală. Bucharest, C.H. Beck Publishing House, 2008. Vol. 1; Арямов А. Методология назначения наказания по уголовному законодательству Российской Федерации : монография. МВД России. Санкт-Петербургский университет. Санкт-Петербург : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2002. 308 с. Покарання в системі засобів протидії злочинності : дис... канд. юрид. наук. 12.00.08. НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2003. С. 177–195; Велиев С.А., Савенков А. В. Индивидуализация уголовного наказания. Москва : Издательство УРСС, 2005. 214 с. Библиогр. С. 201–214; ანგარიშ კონფერენციაზე: «სისხლისსამართლებრივი სანქციები და სასჯელის შეფარდება» 2017 წლის 12–13 მაისი, თბილისი, საქართველო ასისტენტ-პროფესორი, სამართალდოქ. თემურ ცეციტიშვილი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თსუ თინათინ წერეთლის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი <http://www.dgstz.de/>

а) обставини і способи вчинення злочину та використання засоби;
б) стан небезпеки для захищеної вартості; в) характер та суворість результатів або інших наслідків правопорушення; г) причини злочину; д) характер і частоту злочинів, що становить кримінальну історію правопорушника; е) поведінка після злочину та під час розгляду справи) рівень освіти, вік, стан здоров'я, сімейна та соціальна ситуація. Відповідно, судова дискреція має довільний характер, але здійснюється суддею відповідно до загальних критеріїв. Застосування загальних та спеціальних критеріїв індивідуалізації судом у кожному випадку може бути виявлено в різних конкретних видах покарання та його змісті, починаючи від конкретного мінімуму та до максимальних меж, встановлених кримінальним законодавством, за злочини такого самого роду³⁷.

У вітчизняній кримінально-правовій науці до інституту кримінального покарання, а також проблем його індивідуалізації, зверталися багато видатних вчених, в числі яких можна назвати З.А. Астемірова, М.М. Бабаєва, Л.В. Багрій-Шахматова, М.І. Бажанова, Н.А. Беляєва, В.М. Бурдіна, Г.С. Гаверова, І.М. Гальперіна, Т.І. Голишеву, Т.О. Гончар, С.І. Дементьєва, Г.І. Забрянського, І.І. Карпеця, Г.А. Крігера, Л.Л. Круглікова, Н.Ф. Кузнецову, Н.С. Лейкіну, Е.Б. Мельникову, Г.М. Міньковського, І.С. Ниючи, А.Ю. Пахомова, Л.А. Прохорова, О.О. Северина, М.А. Скрябіна, В.М. Стручкова, М.С. Таганцева, Ю.М. Ткачевського, І.Я. Фойніцького, М.Д. Шаргородського, Н.С. Юзікову та інших³⁸.

³⁷ Codul penal republicat on temeiul art. III din Legea nr. 140/1996 on Monitorul Oficial nr. 65 din 16 aprilie 1997. LegeAZ.net – Legislație românească actualizată la zi, gratis». URL : <http://legeaz.net> (румунською мовою).

³⁸ Уголовное наказание : монографическое исследование ; под ред. Шемшученко Ю.С. Киев–Донецк, 1997; Бажанов М.И. Назначение наказания по совокупности приговоров : учебное пособие. Харьков : Изд-во Харьк. Юрид. ин-та, 1997; Велиев С.А. Принципы назначения наказания. Санкт-Петербург : Юридический центр пресс, 2004. 388 с.; Ющик О.І. Індивідуалізація покарання як кримінально-правовий принцип. *Науковий вісник Ужгородського національного*

Основи індивідуалізації покарання є системою закондавчо закріплених прийомів та способів, принципів, прав та положень застосування карних приписів щодо особи, якої скоїла кримінальне правопорушення. Ці прийоми та способи призначення покарання можуть бути розглянуті як конкретизована форма законодавчого закріплення принципів призначення покарання в кримінальному праві. Вони визначають не тільки правову можливість дій суду при призначенні покарання, але і покладають на суд обов'язок враховувати при цьому відповідні вимоги. Тому основи призначення покарання не тільки закріплюють певні принципові положення, але і реалізацію їх в цілому, зобов'язують суд їх враховувати. Неухильне дотримання основ призначення покарання є неодмінною умовою здійснення принципів індивідуалізації покарання, досягнення принципу соціальної справедливості, гуманізації відповідальності.

Більш вважений підхід з вказанням лише на нормативну визначеність покарання та судову дискрецію відображує позиція представників Туреччини та Греції. Розглянемо приклад грецького законодавства та правової доктрини. На жаль, в українській літературі та кримінально-правовій доктрині, праця

університету. Серія: Право. Вип. 27. Т. 3. 2014. С. 85–89; Карпец И.И. Индивидуализация наказания по советскому уголовному праву. Москва, 1966; Карпец И.И. Уголовное право и этика. Москва, 1981; Камышин И., Колесников. Особенности назначения наказания за неоконченные преступления и преступления, составляющие множественность. *Законность*. № 4. 1999; Кругликов Л. Смягчающие и отягчающие ответственность обстоятельства в советском уголовном праве: вопросы теории. Воронеж, 1985; Головки Т.М. Гендерні аспекти покарання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Національна академія наук України. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2010. С. 16; Марченко Н. Додаткові покарання та особливості їх призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. ; Акад. адвокатури України. Київ, 2009. 20 с.; Іванюк Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2009. 15 с.; Євдокімова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2007. 20 с.

з порівняльного кримінального права, питання характеристики кримінального права республіки Греція практично не розглядалося. Існують праці, присвячені історії питання³⁹, компаративному аналізу змісту грецької доктрини стосовно відповідності загальним принципам характеристики Германської правової школи, окремим положенням сучасного кримінального права Греції⁴⁰. Однак загальна характеристика грецького кримінального закону, та, відповідно, принципу індивідуалізації покарання, не велася.

Стосовно тематики нашої роботи зазначимо дві важливі риси ідеології сучасного кримінального права Греції.

Перша, – загально християнська, православна спрямованість більшості інститутів публічного права. Вочевидь, це пов'язане з тим, що Конституція Греції прямо встановлює залежність від православного віровчення. Це надає можливість застосування базових положень православної християнської релігії при призначенні та індивідуалізації покарання. «Людина вчиняє зло, яке хоче, і терпить зло, якого не хоче» – казав Св. Августин. Саме ця позиція врахування свободи волі та закону Божого при визначенні міри та виду покарання чи інших заходів кримінально-правового впливу є центральною для кримінально-правової доктрини Греції. Це також пов'язане з тим, що після отримання незалежності у Греції діяв Кримінальний кодекс, заснований на ідеях Ансельма Фейербаха, втілених у Баварському КК 1813 р. Чинний грецький Пенальний кодекс (далі ПК) був прийнятий в 1950 році законом (Актом Парламенту) 1492/1950 і вступив в силу 1 січня 1950 р. З моменту свого введення ПК було кілька разів змінено, але жодної з них не було пов'язано з конститутивними проблемами. Вочевидь ПК 1950 р зберіг основні

³⁹ Карибов С.И. Уголовный кодекс Греции: история развития и современные проблемы. *Юрист Юга России*. 2011. № 1. С. 20–31.

⁴⁰ Greek Penal Code [electronic resource] URL: <http://www.c00.org/p/greek-penal-code.html>

антропоцентричні характеристики германської школи, пов'язані із диференціацією кримінальної відповідальності на заходи безпеки та покарання.

При чому усі кримінально-правові заходи можуть призначатися окремо, та виконуватися самостійно.

З цим також пов'язана друга характерна риса ідеології сучасного кримінального кодексу: пенальна спрямованість.

Кримінальний кодекс Греції є за назвою та змістом основним інститутів Пенальним кодексом.

Це зазначає, що інститут покарання, його призначення, диференціації та індивідуалізації відповідальності за кримінальні правопорушення є центральним у кримінально-правовій доктрині. Право та обов'язок держави карати та призначити покарання за діяння, що не відповідають нормативно усталеній системі відносин, посягають на людські та суспільні блага є невід'ємним обов'язком християнської держави. Обов'язок покарання за посягання на суспільні блага є елементом відтворення суспільного порядку та соціальної справедливості, заснованої на загальнохристиянських цінностях. Покарання класифікуються на основні та додаткові. Окремо існують заходи безпеки та заходи кримінально-правового впливу неповнолітніх. Традиційно для германської системи покарання військовослужбовців встановлено у самостійних нормативно-правових актах. Так, на додаток до ПК існує ряд спеціальних кримінальних законів. Більшість з них регулюють інші питання, але в тому числі й кримінальні. Основними спеціальними кримінальними законами є: Військовий кримінальний кодекс (Закон 2287/1995, особливо статті 1–166); Кодекс ринкових правил (закон 146/1946); Кодекс правил дорожнього руху (Закон 2696/1999); Митний кодекс (Закон 1168/1918); закони про контроль над обігом наркотиків (Закон 1729/1987), про старовину (Закон 5351/1932 р.), про захист навколишнього середовища (Закон 1650/1986); про ухилення від сплати податків (Закон 2523/1997 р.), тощо. Існує

також низка окремих нормативних укладень щодо неповнолітніх правопорушників, які встановлюють відокремлені компетентні судові органи та процедури розгляду справ неповнолітніх, обмеження публічних слухань, врахування додаткових факторів при призначенні покарання та заходів виправного впливу.

Мінімальний та максимальний вік, за якими правопорушник розглядається як неповнолітній передбачені ст. 121 ПК, яка говорить, що неповнолітні, визначаються як особи між початком семи років та до завершення сімнадцятирічного віку. Особи у віці до дванадцяти років визначаються як діти, а у дванадцять-сімнадцять як підлітки. Злочин, вчинений дитиною, не підлягає покаранню. Суди застосовують освітні або терапевтичні заходи. У випадках скоєння злочину у віці від 13 до 17 років може бути застосоване поміщення дитини у відповідну виправну установу в залежності від ступеня тяжкості злочину, фізичних, психічних та психіатричних характеристик особистості, які впливають на її виховання. Пенальний кодекс містить певні загальні положення про винесення вироків та індивідуалізацію покарання. Зокрема, закон встановлює, що суд постановляє вирок у межах, встановлених нормами Особливої частини ПК або спеціальних кримінальних законів.

Ключовою статтею про винесення вироків є стаття. 79 ПК, який передбачає, що суд бере до уваги: а) тяжкість злочину було скоєно, і б) особистість злочинця.

При оцінці ступеню тяжкості злочину суд аналізує: яка шкода, заподіяна злочином, оцінює небезпеку характеру і предмету злочину, а також всі обставини часу, місця, вчинених збитків, особливостей підготовки або виконання, характеристик злочинного наміру, або ступеня недбалості злочинця. Наприклад, враховуючи збитки від злочину, та у випадку встановлення незаконно отриманого прибутку суд вправі окрім з позбавлення волі, та накласти додатково штраф, навіть якщо закон не передбачає штраф в грошах за злочин. У разі, якщо

санкція статті передбачає за цей злочин лише штраф, суд може збільшити штраф у три рази залежно від суми незаконно отриманого прибутку.

Поруч з цим при визначенні розміру штрафу суд встановлює його з урахуванням економічних умов життя засудженого та членів його сім'ї. Суд також може накласти поруч зі штрафом і інші передбачені санкцією покарання, якщо він вважає, що тільки одного з них мало, щоб утримати злочинця від вчинення іншого злочину.

При оцінці особистості правопорушника суд зважає зокрема, ступінь кримінального настрою, який виказав злочинець в акті правопорушення. Для того, щоб точно діагностувати це Пенальний закон рекомендує суду обов'язково розглянути наступні питання:

- а) причини, що сприяли скоєнню злочину;
- б) причина попереднього стану і цілями злочинної активності;
- в) характер і ступінь розвитку індивіду;
- г) соціальні обставини і попереднє життя особистості;
- д) поведінку злочинця під час скоєння злочину і після його закінчення особливо діяльне каяття та готовність виправити наслідки свого вчинку;
- є) вчинення злочину за мотивами національної, расової чи релігійної ненависті, через нетрадиційну сексуальну орієнтацію жертви.

Пом'якшуючі обставини, що розглядаються судом при індивідуалізації покарання пов'язані зокрема:

- а) з даними про те, що злочинець не допускав правопорушень раніше, жив чесно в особистому, сімейному, професійному та суспільному житті в цілому;
- б) що злочинний акт був обумовлений від принижуючих причин або від злиднів, або під впливом примусу;
- с) з тим, що дії були зумовлені неадекватною поведінкою

потерпілого або образою чин насильницькими діями, нечесною практикою;

- д) з дійовим каяттям та відшкодуванням шкоди потерпілому;
- е) з тим, що порушник повадився добре протягом щодо тривалого часу після злочинного акту.

Для звичаєвих та рецидивних злочинців покарання може бути підвищене. Те ж саме стосується злочинів, які вчинено у співучасті. Заслугує на увагу також досвід криміналістів Греції щодо можливості встановлення зниженого покарання особам у віці з 18 до 21 року, що свідчить про послідовну гуманізацію кримінальної відповідальності, та має бути враховане українським законодавцем у майбутньому.

Таким чином, можемо зробити висновок про те, що пенальне законодавство Греції достатньо конкретно виписує основні характеристики та алгоритм індивідуалізації покарання. Отже відповідно до принципу індивідуалізації при призначенні покарання враховуються ступінь тяжкості злочину, особа винного, в тому числі обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання, взаємовідносини з потерпілим, вплив призначеного покарання на виправлення засудженого і на умови життя його сім'ї та оточення, а також інші критерії передбачені Пенальним Кодексом, чи окремими кримінальними законами.

Як бачимо, питання індивідуалізації покарання у деяких європейських державах пов'язане саме з розглядом індивідуалізації покарання як інституту кримінального та кримінально-виконавчого права, який спрямований на застосування принципів гуманізму та законності, загальних та спеціальних правил призначення покарання у процесі визначення заходу кримінально-правового примусу для суб'єкта злочину, виконання покарання та пост пенітенціарної реабілітації задля забезпеченню особистої, соціальної, державної та регіональної безпеки.

Підводячи підсумки, зазначимо, що інститут індивідуалізації відповідальності включає в себе наступні стадії:

- притягнення до відповідальності;
- непритягнення до відповідальності за реабілітуючими обставинами (малозначність діяння, обставини, що виключають протиправність, казус, обставини, що виключають караність);
- застосування заходів кримінально-процесуального примусу;
- звільнення від кримінальної відповідальності;
- призначення покарання за загальними правилами;
- призначення покарання за спеціальними правилами;
- звільнення від покарання та його відбування;
- призначення та застосування заходів соціального захисту безпеки, реституції та компенсації;
- призначення виду колонії;
- відбування покарання (застосування заходів адміністративного та дисциплінарного примусу);
- реабілітацію та ресоціалізацію в процесі відбування покарання та після його звільнення (застосування заходів адміністративного та дисциплінарного примусу, адміністративного нагляду, тощо).

Індивідуалізація покарання у європейських країнах розглядається *lato senso* як міжгалузевий інститут, який пов'язаний з нормативним визначенням принципів та особливостей призначення покарання, судовою дискрецією (обрання міри покарання в межах кримінально-правових санкцій, поза їх межами, звільнення від покарання), адміністративними заходами при відбуванні покарання та соціальній реабілітації. Інститут індивідуалізації покарання *stricto sensu* з точки зору кримінального права обмежується лише нормативним визначенням принципів та застосуванням загальних та спеціальних правил призначення покарання і судовою дискрецією. Питання процесуального, кримінально-виконавчого

та кримінологічного сенсу, а також питання соціальної реабілітації та контролю, застосування а призначення заходів кримінально-правового впливу відносяться до міжгалузевих питань, пов'язаних із необхідністю формування комплексного інституту.

Це достатньо складний перелік завдань, оскільки включає до себе елементи, що пов'язані із деякими проблемами, що не знайшли вирішення у діючому законодавстві та правозастосовній практиці (наприклад правила індивідуалізації кримінально-правових заходів за законодавством більшості держав відсутні та застосовуються по аналогії).

До того ж цей перелік регламентується єдиним правовим полем лише в сенсі міжнародного та європейського кримінального права і не має відношення до галузі кримінального права загалом. Відповідно при нивілюванні цих настанов ми зіштовхуємося із ситуацією, коли вчинення діянь, які визначаються діючим КК України як злочини, проте такими не є за своєю природою, чи навпаки зловживання дисциплінарними практиками призначення примусових заходів призводить до правового нігілізму, нехтування принципами індивідуалізації покарання, що веде до певних недоліків пеналізаційної практики.

Питання для самоконтролю

1. Покарання та індивідуалізація покарання у європейському правовому дискурсі.
2. Європейське кримінальне право та судова практика та індивідуалізація покарання.
3. Індивідуалізація покарання і принцип пропорційності.
4. Індивідуалізація покарання і відбування покарання.

Рекомендована література

1. Туляков В.О. Призначення покарання. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1. С. 208–227.
2. Справа «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» / *Pla and others v. Moldova and Russia*. The European Court of Human Rights. 8 July 2004. Application № 48787/99. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61886>
3. Справа «Катан та інші проти Молдови та Росії» / *Catan and Others v. Moldova and Russia*. The European Court of Human Rights. 19 October 2012. Applications № 43370/08252/05 and 18454/06. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114082>
4. Справа «Кабулов проти України» / *Kaboulov v. Ukraine* case. The European Court of Human Rights. 10 May 2014. Application № 41015/04. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95771>
5. Справа «Петухов проти України (№ 2)» / *Petukhov v. Ukraine (No 2)*. The European Court of Human Rights. 12 March 2019. Application № 41216/13. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-198296>
6. Справа «Дель Ріо Прада проти Іспанії» / *Del Rio Prada v. Spain*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-127697>

РОЗДІЛ 3

ПЕНАЛІЗАЦІЙНА ПРАКТИКА: УКРАЇНСЬКИЙ ДОСВІД

Генетичною рисою вітчизняного кримінального законодавства є пеналізація (судова) кримінальних правопорушень на підставі дискреційного елементу. Звичайно, суддівський розсуд при вирішенні питань кримінально-правового характеру як повноваження і міра свободи вибору існує у певних межах, встановлених кримінальним законом. Однак, нерідко дискреційність норм, їх невизначеність призводить до такого феномену соціальної дійсності як зловживання правом. Так, одну особу за вчинення певного кримінального правопорушення суддя може засудити до позбавлення волі на строк, наприклад, 5 років позбавлення волі, а іншу за такого ж випадку звільнити від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України.

І в першому, і в другому випадках суддя буде діяти у правових межах.

Однак за такої практики застосування кримінального закону виникає дисбаланс у регулюванні суспільних відносин та впливу на неправомірну поведінку. Однак, у разі виходу за межі закону особа (суддя) не реалізує своє право (право на вибір одного з варіантів рішення), а діє взагалі за рамками наданого законом права (повноважень). Хоча, слід визнати, що зловживання правом у таких ситуаціях можливе, але воно не може бути пов'язане з тією поведінкою суб'єкта, яка не виходить за межі, встановлені законом, не може бути пов'язане із законним суддівським розсудом. Так, за вироками, що набрали законної сили ще у 2015 році, засуджено 94,8 тис. осіб,

що на 7,2 відсотків менше, ніж минулого року, з них майже 11 (11,6 %) тис. жінок. До довічного позбавлення волі засуджено 45 осіб. Службові обмеження та тримання в дисциплінарно-батальйоні застосовано до 340 військовослужбовців. Статистику основних видів покарань та кількості осіб, звільнених від покарання, у 2015 р: звільнено від покарання – 41997 осіб (44,7 %); призначено штраф – 18652 (19,8 %); громадські роботи – 8652 (9,2 %); арешт – 3510 (3,7 %); обмеження волі – 1504 (1,6 %); позбавлення волі – 19765 (21,0 %). За судовими рішеннями, що набрали законної сили, виправдано 306 осіб, стосовно 18,3 тис. осіб справи закрито. Сучасне кримінальне законодавство та пеналізаційна практика вимагають переосмислення сучасного механізму реалізації кримінальної заборони з метою, щоб підвищити ефективність кримінального примусу, справедливості та доцільності його застосування та мінімізувати прояви корупційного елементу.

Реалізація загальних засад у судовій практиці. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 65 Кримінального кодексу України (далі – КК України) суд призначає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, винятком випадків, передбачених частиною другою статті 65 КК України. Ці межі залежать, передусім, від типу (виду) санкції, яка встановлена в статті Особливої частини КК і яка може бути відносно – визначеною (ч. 2 ст. 189) або альтернативною (ч. 1 ст. 206 КК). У всіх цих санкціях може зазначатися лише максимальна межа відповідного виду покарання (ч. 2 ст. 203 КК) або його мінімум і максимум (ч. 1 ст. 115 КК). У тих санкціях, де зазначений лише максимум покарання, мінімальна межа є та нижча його межа, що встановлена в нормах Загальної частини КК для відповідного виду покарання. Зазначені санкції можуть бути, у свою чергу, ще й кумулятивними, тобто поєднуватися поряд з основними ще й додаткові покарання (ч. 5 ст. 191 КК).

Якщо останні мають строковий характер (ст. 55 КК) чи встановлюються у певному розмірі, сумі (ст. 53 КК), то в санкції можуть бути встановлені мінімальні і (або тільки) максимальні межі цих додаткових покарань.

Певна окремо взята 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 зв'язку з цим межами призначення покарання є законодавчо встановлені санкцією статті Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за вчинений злочин, і статтями Загальної частини КК мінімальна (нижня) і максимальна (верхня) межі певного виду або видів покарання. З'ясовуючи проблему оптимальних меж санкції кримінального закону, ми торкаємося дискусійного питання конструювання санкцій і питання типової санкції, можливості її впровадження у кримінальне законодавство України з метою більш чіткої формалізації кримінального закону.

Аналізуючи зміни, які свого часу були внесені до Особливої частини КК України Законом України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності», необхідно відмітити, що дані зміни в основному стосувалися кримінально – правових санкцій. По-перше, вказаним Законом значно розширено застосування таких видів покарань, як штраф, громадських робіт, арешту, обмеження волі, що сприятиме більш широкому застосуванню судами покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, являється

позитивним з огляду на наступне: 1) переваги штрафу як виду покарання безсумнівні. Штраф слугує джерелом поповнення державного бюджету, не потребує витрат на виконання. Більш широке призначення судами штрафу може привести до скорочення питомої ваги позбавлення волі у структурі застосовуваних покарань і сприятиме вирішенню такої проблеми, переповнення місць позбавлення волі. Штраф має багато переваг перед іншими видами покарань, які призначаються за вчинення злочинів невеликої і середньої тяжкості, починаючи здатності штрафу здійснити відчутний вплив на засуджених в цілях попередження вчинення ним нового злочину і закінчуючи достатньою суворістю цього покарання, яка дозволяє ефективно досягати реалізації всіх цілей кримінального покарання; 2) громадські роботи мають ряд соціально-економічних переваг у порівнянні з позбавленням волі. Соціальний аспект ґрунтується у першу чергу саме на розумінні громадських робіт як покарання, альтернативного позбавленню волі. Економічна перевага розглядуваного покарання крім його дешевого характеру визначається ще й тим, що засуджені до громадських робіт, виконуючи суспільно-корисну працю, вирішують ряд питань господарського характеру адміністрацій, органів місцевого самоврядування; 3) засудження особи до арешту може здійснити значний позитивний вплив на осіб, які не становлять великої суспільної небезпеки і не потребують тривалої ізоляції від суспільства з тим, щоб у майбутньому вони не вчиняли нових злочинів; 4) основне значення обмеження волі полягає у тому, що цей вид покарання дозволяє відірвати засуджених від негативного соціального середовища і помістити на період встановленого вироком строк у кримінально-виховну установу відкритого типу, під нагляд. Тим більше, засуджені до цього виду покарання обов'язково залучаються до праці. Обмеження волі не пов'язане з повною ізоляцією засудженого від суспільства, як, наприклад, арешт чи позбавлення

олі, що являється його безсумнівною перевагою у порівнянні з цими видами покарання.

По-друге, вказаним Законом від 15 квітня 2008 р. значно знижені як верхні, так і нижні межі санкцій у бік скорочення широти їх діапазону, і дійсно саме з «прив'язкою» їх до категорій злочинів. Так, наприклад, в ч. 2 ст. 317 КК строк позбавлення волі слова від п'яти до дванадцяти років замінено позбавленням волі від чотирьох до восьми років. Дані зміни мають велике значення, адже мають результатом обмеження суддівського розсуду, що є гарантією законності прийнятих ними рішень.

Судова практика інколи демонструє певні порушення законодавства у частині призначення покарання саме за п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України. Так, вироком колегії суддів Апеляційного суду м. Києва 17.12.2012 року було скасовано вирок суду першої інстанції, у зв'язку з порушенням вимог ст. 65 КК України, оскільки судом не призначене додаткове покарання у виді конфіскації грального обладнання. Постановлено новий вирок, яким Заську О.Р. за ч. 1 ст. 203-2 КК України призначено покарання у виді штрафу в розмірі 10000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та застосовано до нього додаткове покарання у виді конфіскації грального обладнання, оскільки відповідно до санкції ч. 1 ст. 203-2 КК України, вона є обов'язковою⁴¹.

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 65 КК України суд призначає покарання відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу. Ця вимога закону означає, що закон зобов'язує суд при призначенні покарання виходити не тільки з тих меж караності діяння, які встановлені у відповідній санкції статті Особливої частини КК України, а й враховувати положення норм Загальної частини КК України. Відповідно, слід визнати, що правове регулювання кримінально-правових санкцій здійснюється не тільки нормами

⁴¹ Узагальнення судової практики призначення покарань у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до деяких актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» URL: <http://kia.court.gov.ua/sud2690/uzah/13/>

Особливої частини КК України, а й положеннями його Загальної частини, в яких регламентуються цілі, система покарань, принципи, порядок, межі та особливості застосування окремих його видів, а також регулюються інші питання, які пов'язані з призначенням покарання і здатні вплинути на вибір (обрання) судом певного його виду і міри.

Призначаючи покарання, суд має враховувати і положення тих норм Загальної частини КК України, які хоча безпосередньо і не пов'язані з призначенням покарання, але мають певне значення для вирішення цього питання. Отже, вимога п. 2 ч. 1 статті 99 КК України ще раз підтверджує, що слід розрізняти санкції окремих статтей (частини статтей) Особливої частини КК України і призначення покарання конкретній особі. В останньому випадку має місце співвідношення санкції конкретної статті (частини статті) Особливої частини КК України з положеннями Загальної частини кримінального закону, які являють собою диспозиції, як вказівку на сукупність суб'єктивних прав і обов'язків щодо кримінального правовідношення.

У цілому суди правильно застосовують законодавство у частині врахування положень Загальної частини КК. Однак є певні порушення. Стаття 99 КК містить певні застереження щодо застосування до неповнолітніх такого виду покарання, як штраф. Відповідно до вимог цієї статті штраф застосовується лише до неповнолітніх, що мають самостійний дохід, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення. Тому застосування такого виду покарання є обмеженим. Призначаючи зазначену міру покарання до неповнолітніх, суди не завжди враховують, який їх майновий стан, чи мають вони самостійний дохід або власні кошти і майно. Ось приклад – за період з 1 вересня 2001 р. по 1 вересня 2002 р. у Хмельницькій області до 11 неповнолітніх місцеві суди застосували таку міру покарання, як штраф. При цьому суди не врахували, що засуджені неповнолітні ніде не працюють і не мають власних коштів.

та майна, на які може бути звернено стягнення. На час проведення узагальнення такі вироки судів щодо сплати штрафу не виконані. Подібні випадки допущені також судами інших областей.

Частиною 2 ст. 99 КК України встановлено, що розмір штрафу, який призначається неповнолітнім, не може перевищувати 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ця вимога закону судами виконується. Але не всі з них враховують, що мінімальний розмір штрафу відповідно до ч. 2 ст. 53 КК України становить 30 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Так, Шепетівським міським судом Хмельницької області неповнолітньому К. за ч. 2 ст. 263 КК України призначено штраф у розмірі 51 грн.

Статтею 101 КК України передбачено, що арешт як міра кримінального покарання призначається неповнолітнім, яким на момент постановлення вироку вже виповнилося 16 років, строком від 15 до 45 діб. Порівняно з дорослими засудженими тривалість арешту для неповнолітніх істотно зменшена. З матеріалів судів, які надійшли для підготовки узагальнення, вбачається, що покарання у виді арешту неповнолітнім призначалося в деяких випадках з порушенням ст. 101 КК України. Зокрема, вироком Слов'янського районного суду Донецької області від 12 червня 2002 р. неповнолітні Б. та І. засуджені до арешту відповідно на 3 і 6 місяців⁴².

У пункті 3 ч. 1 ст. 65 КК України закон зобов'язує суд при призначенні покарання враховувати: а) ступінь тяжкості вчиненого злочину; б) особу винного; в) обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Ступінь тяжкості вчиненого злочину припускає з'ясування судом, перш за все, питання про те, до злочинів якої категорії тяжкості належить вчинене

⁴² Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/{print}/9A539844EB54F3EBC2257B7C0037FDFF>

діяння (ст. 12 КК України). Але ст. 12 КК України визначає лише типову характеристику ступеня тяжкості злочину, що відображається в санкції статті, встановленій за злочин даного виду, тоді як суд, призначаючи покарання на підставі всього врахування фактичних обставин справи в їх сукупності, має визначити тяжкість конкретного злочину, враховуючи індивідуальний її ступінь. «Ступінь тяжкості вчиненого злочину» (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України), більш широке поняття, ніж «типова ступінь тяжкості злочину», оскільки включає не тільки конкретне значення визначених у диспозиції найбільш загальних і типових ознак складу злочину, а й містить індивідуальні ознаки вчиненого, які знаходяться поза ознаками складу злочину. Однак, законодавча вимога про врахування тяжкості вчиненого злочину не формує конкретних критеріїв визначення такого неоднозначного юридичного поняття. Тому вважаємо доцільним закріпити такі критерії.

Покарання призначається за злочин, проте застосовується до конкретної особи, тому врахування судом даних, які всебічно характеризують особу винного, є гарантією призначення справедливого покарання й умовою досягнення мети, яка переложена на нього поставлена. Таке врахування припускає з'ясування судом і оцінку ним у вирокі не лише тих властивостей, рис, якостей і особливостей особи винного, які пов'язані із вчиненням злочину, а й інших даних, які всебічно його характеризують.

Конкретні практичні роз'яснення щодо того, що саме потрібно враховувати під ступенем тяжкості вчиненого злочину та особу винного містяться у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 року «Про практику призначення судами кримінального покарання» із змінами, внесеними згідно з пост. ПВСУ № 18 від 10 грудня 2004 р., № 8 від 12 червня 2009 р. та № 11 від 6 листопада 2009 р. Видається необхідним враховуючи судову практику та роз'яснення, до критеріїв оцінки ступеня тяжкості вчиненого злочину відносити: 1) класифікацію

злочинів, закріплену у статті 12 КК України; 2) особливості конкретного злочину та обставини його вчинення: форма вини, час, місце, спосіб, стадія вчинення, кількість епізодів злочинної діяльності, роль кожного зі співучасників, якщо злочин вчинено групою осіб, поширеність злочину; 3) наявність, характер і ступінь тяжкості наслідків, що спричинені потерпілому, державі та третім особам у результаті вчинення злочину; 4) характер відносин винної особи з потерпілим.

Критерії оцінки особи винного: 1) вік, стан фізичного та психічного здоров'я; 2) поведінка до вчинення злочину, способу життя, характеристика за місцем роботи чи навчання; 3) наявність не знятих чи не погашених судимостей, адміністративних стягнень; 4) наявність на утриманні дітей та осіб похилого віку; 5) матеріальний стан винної особи; 6) мотиви та мета злочину.

Важливим інститутом кримінального права є інститут пом'якшуючих і обтяжуючих обставин, передбачених ст.ст. 66, 67 КК України, які є важливим засобом індивідуалізації покарання. До обставин, які пом'якшують покарання, належать як зазначені, так і не зазначені у законі, але встановлені судом у конкретній справі об'єктивні та суб'єктивні чинники, що не є ознаками конкретного складу злочину і не впливають на його кваліфікацію, проте свідчать про знижений ступінь суспільної небезпеки вчиненого діяння і (або) особи винного і тим самим надають суду право для пом'якшення покарання. До обставин, які обтяжують покарання, належать вичерпно перелічені в законі і встановлені судом за конкретною справою об'єктивні та суб'єктивні чинники, що не є ознаками конкретного складу злочину і не впливають на його кваліфікацію, проте свідчать про підвищений ступінь суспільної небезпеки діяння і (або) особи винного і тим самим надають суду право для посилення покарання.

У теорії кримінального права велике практичне значення має вирішення питання про призначення покарання за наявності

в одній справі одночасно сукупності пом'якшуючих і обтяжуючих обставин, так як аналіз КК України 2001 року підтверджує, що в законі відсутні обмеження у визначенні судом покарання близького до мінімуму санкції, або навіть у застосуванні ст. 67 КК України за наявності у кримінальній справі разом із пом'якшуючими й обтяжуючими обставин, то перспективним є введення в КК України правила призначення покарання при наявності пом'якшуючих та обтяжуючих обставин.

В юридичній літературі давно вирішено, що за відсутності пом'якшуючих і обтяжуючих обставин застосуванню підлягає середнє (нормальне або типовє) покарання, розташоване «в середній частині кордонів санкції, тобто в її медіані»⁴³. Положення вже більше ста років існує в юридичній практиці.

Однак, таку аксіому законодавець випустив з поля зору. Пом'якшуючі і обтяжуючі обставини здатні поглинати одне одного. Тобто, з позиції правозастосувача одна (будь-яка) пом'якшуюча обставина дорівнює одній пом'якшуючій або будь-якій обтяжуючій обставині і навпаки. Апробованість правила призначення покарання за збігу обставин підтверджена не тільки вітчизняною, але й зарубіжною практикою, що призвело до закріплення такого правила кодексами країн (Сан-Марино).

Регламентацію існуючого в теорії і практиці правозастосування правила про призначення покарання за наявності одночасно і пом'якшуючих, і обтяжуючих обставин можна реалізувати шляхом формулювання норми без зазначення наведених величин, що, врешті-решт, сутнісно не вплине на однакове розуміння такої норми судами. Таким чином, наявні всі підстави для закріплення реальних рекомендацій щодо врахування обставин, які пом'якшують і обтяжують покарання, що сприятиме єдності практики застосування кримінального закону судами. Такі рекомендації можуть бути наступного характеру:

⁴³ Уголовное право. Общая часть : учебник для вузов / Отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова. Москва : НОРМА-ИНФРА, 1997. С. 370.

За наявності у справі пом'якшуючих обставин суд призначає в межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, більш м'який вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин, а за наявності обтяжуючих обставин – більш суворий.

За наявності пом'якшуючих і відсутності обтяжуючих обставин повинен бути призначений найбільш м'який вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин, а розмір покарання повинен бути ближче до нижньої межі санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

За наявності обтяжуючих і відсутності пом'якшуючих обставин повинен бути призначений найбільш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин, а розмір покарання повинен бути ближче до верхньої межі санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу.

За наявності і пом'якшуючих, і обтяжуючих обставин суддя може, враховуючи тяжкість злочину і особу винного, визнати рівнозначними пом'якшуючі та обтяжуючі обставини або визнати, що одні переважають над іншими. У випадку визнання пом'якшуючих та обтяжуючих обставин рівнозначними розмір покарання повинен відповідати середньому покаранню для даної санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу. У випадку визнання переваги одних обставин над іншими суд керується положеннями, зазначеними вище.

Верховний Суд зазначає, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України суди повинні призначати покарання в межах, установлених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Із урахуванням ступеня тяжкості, обставин цього злочину, його наслідків і даних про особу судам належить обговорювати питання про призначення передбаченого законом більш суворого покарання особам, які вчинили злочини на ґрунті пияцтва, алкоголізму, наркоманії, за наявності рецидиву

злочину, у складі організованих груп чи за більш складних форм співучасті (якщо ці обставини не є кваліфікуючими ознаками), і менш суворого – особам, які вперше вчинили злочин неповнолітнім, жінкам, котрі на час вчинення злочину чи ризику з огляду справи перебували у стані вагітності, інвалідам, особам похилого віку і тим, які щиро розкаяться у вчиненому, активно сприяли розкриттю злочину, відшкодували завдані збитки тощо (абзац другий п. 2 пост. ПВСУ від 24.10.2003 зі змінами, внесеними згідно з пост. ПВСУ від 12.06.2009 р.). Тому з'ясування всіх обставин та врахування судом усіх обставин справи, що стосуються особливостей вчинення конкретного злочину, являється гарантією призначення справедливого покарання й умовою досягнення мети, яка перед ним поставлена.

Аналіз судової практики показує те, що суди часто не дотримують вимог ст. 65 КК України, у результаті це приводить до скасування судових рішень. Так, Петропавлівський районний суд Дніпропетровської області вироком від 12 жовтня 2007 року засудив В. за ч. 1 ст. 121 КК України до покарання у виді позбавлення волі строком на п'ять років. На підставі ст. 75 цього Кодексу засудженого звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки та покладено на нього обов'язки, передбачені пунктами 3 і 4 ст. 75 КК України. Апеляційний суд Дніпропетровської області 25 січня 2008 р. вирок місцевого суду змінив, ухваливши вважати датою його постановлення 15 жовтня 2007 р. У касаційній скарзі потерпілий Н. просив судові рішення щодо В. скасувати і справу направити на новий судовий розгляд у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону, порушенням кримінально – процесуального закону та невідповідності призначеного засудженому покарання тяжкості вчиненого злочину внаслідок м'якості. При цьому Н. послався на те, що районний суд не дав належної оцінки обставинам справи та безпідставно застосував до В. ст. 75 КК України. Колегія суддів Судової

палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що скарга має бути задоволена повністю. Так, під час перевірки матеріалів справи встановлено, що В. визнаний винним та засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 121 КК України. Згідно зі ст. 12 того самого Кодексу цей злочин належить до категорії тяжких. Проте цю обставину, як і те, що внаслідок одержання тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння, потерпілий став інвалідом I групи, суд першої інстанції при призначенні засудженому покарання не врахував. Не дано належної оцінки також тому, що засуджений вчинив злочин у стані алкогольного сп'яніння, що визнано судом першої інстанції обставиною, яка обтяжує покарання. Крім того, цей суд визнав обставиною, що пом'якшує покарання, щире каяття В., хоча свою вину у вчиненні злочину він визнав частково. Отже, висновок суду про те, що засуджений В. має бути звільнений від відбування покарання на підставі ст. 75 КК України, свідчить про невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину внаслідок м'якості та особі засудженого. Тому вирок підлягає скасуванню як такий, що постановлений з порушенням вимог статей 65 та 75 КК України⁴⁴.

Як бачимо, у наведеному випадку порушення судом першої інстанції положень ст. 65 КК України, а саме того, що суд призначає покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують і обтяжують покарання, при призначенні покарання особі, засудженій за злочин, передбачений ч. 1 ст. 121 КК України, на яке не звернув належної уваги апеляційний суд, потягло скасування судових рішень.

⁴⁴ Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 листопада 2008 р. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 2 (102) URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsen.nsf/O/C2A7BF1561441D7FC2257584002D5839?OpenDocument>

Окремі питання реалізації правил призначення покарання та інших заходів кримінального-правового характеру. Для досягнення законодавчо визначеної мети покарання, підвищення його ефективності протидії злочинним проявам судді мають керуватися принципами призначення покарання, а тому визначення системи принципів призначення покарання є необхідним та своєчасним. Але до цих пір серед учених немає єдиної точки зору з цього питання. Однією із проблем вчення про принципи призначення покарання являється розмежування принципів і загальних засад призначення покарання. У літературі виділяють принципи призначення покарання, або ототожнюючи їх із загальними засадами призначення покарання, або розглядаючи їх поряд чи у зв'язку із загальними засадами⁴⁵. Однак, принципи і загальні засади призначення покарання – це самостійні категорії кримінального права, які знаходяться у певному співвідношенні між собою і вимагають самостійного розгляду. Тільки їх розмежування сприятиме уникненню помилок у правозастосовчій практиці.

Ми притримуємося чіткого підходу поділу принципів на загальноправові (принципи законності, гуманізму, рівності всіх перед законом, вини), спеціально-правові (галузеві – принципи економії заходів державного примусу; особистої відповідальності, невідворотності відповідальності за вчинений злочин, диференціації кримінальної відповідальності) та принципи інституту галузі права (інституту призначення покарання) з метою найбільш конкретного відображення їхньої природи та визначальної ролі для кримінального права. Як видається, до принципів призначення покарання належать принцип індивідуалізації та принцип справедливості покарання. Звичайно, при призначенні покарання суддя повинен дотримуватися і загальноправових, і спеціально-правових принципів, однак саме принци

⁴⁵ Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення : монографія. Київ : Паливода А.В., 2012. С. 42.

справедливості та принцип індивідуалізації є тими керівними началами, які особливим чином пронизують усю діяльність суду з призначення покарання.

Міра покарання, яку суд призначає особі, визнаній винною у вчиненні злочину, повинна мати на меті виправлення засуджених, запобігання вчинення нових злочинів як засудженими, так і іншими особами (ч. 2 ст. 50 КК України), а також відновлення соціальної справедливості. Остання витікає зі змісту принципів кримінально-правового регулювання.

Справедливість – це морально-правова і соціально-політична категорія, яка відображає суспільне уявлення про належне, що відповідає сутності і правам людини. Кримінальне правопорушення порушує соціальну справедливість: він ущемляє законні права громадян, наносить їм моральну, матеріальну або фізичну шкоду, викликає у громадськості обурення, пов'язане з негативною оцінкою дій злочинця. Відновлення соціальної справедливості, таким чином, має досягати: по-перше, підкріплення негативної оцінки злочинця і злочину з боку держави; по-друге, обмеження прав і свобод злочинця, яке відповідає тяжкості вчиненого злочину; по-третє, компенсацію матеріального і морального збитку, нанесеного потерпілій особі, державі, суспільству.

Відновлення справедливості як принцип означає, що покарання представляє собою справедливий акт правосуддя. Покарання призначається у суворій відповідності закону. Покарання відповідає тяжкості вчиненого злочину, особі винного, обставинам, що пом'якшують та обтяжують покарання. Відновлення справедливості передбачає як можна більш повне відновлення порушених злочином інтересів особи, суспільства і держави.

Необхідно відзначити, що категорія справедливості є системоутворюючим фактором для всього механізму кримінально-правового регулювання. Це і зміст загальних засад призначення покарання, і справедливість як принцип кримінального права,

і справедливість як принцип призначення покарання, і конструкція санкцій Особливої частини КК України, де закладена типова оцінка тяжкості вчиненого злочину і особи злочинця. Справедливість як центральна ідея кримінального права безсередньо пов'язана з ідеєю рівності всіх перед законом і гуманізму як базисних принципів кримінального права.

Мета досягнення соціальної справедливості ставить особливу вимогу і до вироку, який виноситься у результаті розгляду справи, – вимога справедливості. І порушення принципу справедливості є підставою для скасування або зміни судового рішення (ст. 414 КПК України). Як видається, будь-яке рішення суду буде справедливим тільки з точки зору однієї зі сторін, якщо це відповідає її інтересам. У випадку примирення сторін або компромісного рішення, прийнятого судом, це рішення також не буде справедливим, воно просто більш чи менш буде задовольняти сторони. Але не можна ототожнювати справедливість як скоріше філософську категорію, ніж юридичну, зі справедливістю, яка існує в упередженій і зацікавленій думці однієї або навіть обох сторін.

Дійсно, інтереси сторін протилежні, а позиції, які захищаються, як правило, не співпадають ні з об'єктивною, ні з юридично встановленою істиною. Суд неупереджений, тому саме його думка, виражена у вироку, має бути найбільш близькою до справедливості і в юридичному, і в морально-етичному сенсі. На практиці протилежність позицій нерідко призводить до оскарження винесених вироків з причини несправедливості, що, однак, може підтвердити зовсім інше. Так, вирок Торезького міського суду Донецької області від 26.11.2010 ОСОБА _ 12 засуджено за ч. 3 ст. 185 КК України до 3 років позбавлення волі. На підставі ст. 75 КК України ОСОБА _ 12 звільнено від відбування призначеного покарання з випробуванням, з іспитовим строком 3 роки та з покладенням на нього обов'язків, передбачених п.п. 2, 3, 4 ч. 1 ст. 76 КК України.

В апеляційному порядку справа не переглядалася. У касаційній скарзі прокурор порушує питання про скасування вироку щодо засудженого ОСОБА_12 та направлення справи на новий судовий розгляд у зв'язку з невідповідністю призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ вважає, що касаційну скаргу слід залишити без задоволення з наступних підстав. Перевіркою матеріалів встановлено, що суд правильно встановив фактичні обставини справи і правильно кваліфікував дії ОСОБА_12 за ч. 3 ст. 185 КК України, що у касаційній скарзі прокурором не оспорується. Істотних порушень норм кримінально-процесуального закону, які б тягли за собою скасування чи зміну постановленого рішення, не встановлено. Щодо доводів прокурора відносно м'якості призначеного засудженому покарання, то колегія суддів вважає їх непереконливими. Як убачається з вироку, при призначенні засудженому ОСОБА_12 покарання суд, згідно з вимогами ст. 65 КК України, в достатній мірі врахував як ступінь тяжкості вчиненого злочину, так і дані про його особу, обставини, що обтяжують та пом'якшують покарання, і, виходячи з обставин справи, дійшов обґрунтованого висновку про можливість звільнення ОСОБА_12 від відбування покарання з випробуванням. Зокрема, враховано щире каяття винного, повне зізнання у вчиненому, його позитивну характеристику за місцем проживання, а також те, що він добровільно відшкодував заподіяну матеріальну шкоду. За таких обставин колегія суддів вважає, що призначене ОСОБА_12 покарання є справедливим, необхідним і достатнім для його виправлення та попередження вчинення ним нових злочинів. Воно відповідає загальним засадам призначення покарання, визначеним ст. 65 КК України, у зв'язку з чим вважати його надто м'яким підстав не вбачається. Так само відсутні підстави

вважати неправильним застосування до засудженого ст. КК України⁴⁶.

Наведений приклад є наочною ілюстрацією правомірності поведінки судді першої інстанції при призначенні міри, напруги на реалізацію мети покарання, у т. ч. відновлення справедливості. Звичайно, необхідно розуміти, що міра справедливості – це стан свідомості судді, його раціональне переконання з цього питання. Справедливість призначеного покарання може бути виміряна об'єктивно і перевірена за допомогою тих наукових методів. Розробка якихось методів об'єктивного наближення й оцінки – одна з важко вирішуваних проблем судової практики. Саме керування моральними цінностями, мети виправлення, запобігання вчинення нових злочинів, а також відновлення соціальної справедливості у сукупності забезпечують і обумовлюють правомірну поведінку судді при призначенні покарання, зокрема, при вирішенні питань на власний розсуд.

Важливість справедливості як принципу може порушуватися у судовій практиці. Так, вироком Лубенського міськрайного суду Полтавської області від 29 вересня 2010 р. ОСОБА_1 раніше судимий 20.02.2008 р. за ч. 2 ст. 186 КК України на 4 роки позбавлення волі, на підставі ст. 75 КК України звільнений від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком 2 роки, засуджено за ч. 2 ст. 185 КК України на 2 роки позбавлення волі. На підставі ст. 71 КК України за сукупністю вироків ОСОБА_5 остаточно призначено 5 років позбавлення волі. На підставі ст. 75 КК України ОСОБА_5 звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком 3 роки та покладено на нього обов'язки, передбачені п.п. 3 і 4 ст. 76 КК України. Цим же вироком засуджено ОСОБА_6 і ОСОБА_7. Вирок щодо яких в касаційному порядку не оскаржувалися.

⁴⁶ Ухвала суду № 16055971. Кримінальна справа № 5-776км11. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16055971>

В апеляційному порядку справа не розглядалася. У касаційній скарзі прокурор порушує питання про скасування вироку щодо засудженого ОСОБА_5 та направлення справи на новий судовий розгляд у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону та невідповідністю призначеного покарання тяжкості злочину і особі засудженого з посиланням на те, що суд безпідставно звільнив його від відбування призначеного покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України, бо новий злочин ним вчинено під час іспитового строку за попереднім вироком. Відповідно до пунктів 2 і 3 ч. 1 ст. 398 КПК України, підставами для скасування вироку є неправильне застосування кримінального закону та невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого. Згідно зі ст. 372 КК України, невідповідним ступеню тяжкості злочину та особі засудженого визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею Кримінального кодексу, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим як внаслідок м'якості, так і суворості. Як вбачається із касаційної скарги, призначене ОСОБА_5 покарання прокурор вважає явно несправедливим внаслідок м'якості. Підстав вважати доводи прокурора необґрунтованими у колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ немає, оскільки із матеріалів справи вбачається, що ОСОБА_5 20 лютого 2008 року було засуджено за відкрите викрадення чужого майна (грабіж) до покарання у виді позбавлення волі, від відбування якого його було звільнено із застосуванням ст. 75 КК України. Незважаючи на це, під час встановленого судом іспитового строку ОСОБА_5 вчинив новий корисливий злочин, що свідчить про його небажання стати на шлях виправлення. За таких обставин вирок суду щодо засудженого ОСОБА_5 підлягає скасуванню, а справа направленню на новий судовий розгляд, під час якого суду слід з дотриманням вимог кримінального закону

прийняти відповідне рішення, взявши до уваги, що призначення ОСОБА_5 покарання із застосуванням ст. 75 КК України кримінальним судом за доводами касаційної скарги прокурора визнається несправедливим внаслідок м'якості⁴⁷. Наведений приклад може стати статусом факту, що недотримання принципу справедливості призводить до скасування рішення.

Індивідуалізація покарання – це конкретизація судом вироку і розміру міри державного примусу, який призначається особі, яка вчинила злочин, в залежності від особливостей даного злочину і його суб'єкту. Зміст принципу індивідуалізації охоплюється повністю поняттям та змістом загальних засад призначення покарання, він набагато ширше. У ст. 65 КК містяться лише законодавчі передумови індивідуалізації покарання. Принцип індивідуалізації покарання закріплений у нормах Кримінального Кодексу. Так, індивідуалізацію покарання передбачають норми про відповідальність і покарання співучасників у вчиненні злочину (ст.ст. 29, 30 КК України, ч. 4 ст. 68 КК України). Для індивідуалізації покарання важливе значення має з'ясування питання про стадію вчинення злочину (ст.ст. 16, 68 КК України). Інститут обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання (ст. 66 та 67 КК України), також є засобом індивідуалізації покарання. Велике значення для індивідуалізації покарання має конструкція санкцій норм Особливої частини КК України як альтернативних та виможно – визначених.

Говорячи про значення принципу індивідуалізації, можна лише підкреслити, що тільки керуючись даним принципом, суд може призначити справедливу і доцільну міру покарання. Ігнорування судом даного принципу може призвести до призначення або занадто м'якого, або занадто суворого покарання.

⁴⁷ Ухвала суду № 15132850. Кримінальна справа № 5-876км11. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15132850>

І взагалі, призначаючи покарання винній особі, з метою досягнення цілей покарання суд повинен керуватися як принципами безпосередньо інституту призначення покарання, так і принципами кримінального права як галузі права, так і загальноправовими принципами. Тільки суворе дотримання цих принципів у їх сукупності забезпечить реалізацію завдань кримінального закону. Порушення вказаних умов може мати наслідком скасування постановлених вироків. Так, Рубіжанським міським судом Луганської області від 21 серпня 2006 року Н., М., Л. та Т. кожного було засуджено за ст. 15, ч. 3 ст. 191 КК України до покарання у виді обмеження волі строком на 3 роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з охороною майна, строком на 1 рік. В силу ст.ст. 75, 76 КК України Н., М., Л., Т. від відбування призначеного покарання звільнено з іспитовим строком 1 рік кожного. В апеляційному порядку справа не переглядалась. У касаційному поданні прокурор ставить питання про скасування вироку місцевого суду та направлення справи на новий судовий розгляд, посилаючись на те, що призначене Н., М., Л., Т. додаткове покарання підлягає реальному виконанню, про що треба було зазначити у резолютивній частині вироку, а призначене кожному основне покарання не відповідає принципу індивідуалізації покарання. Розглянувши матеріали справи, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ ухвалила рішення, що касаційне подання прокурора підлягає задоволенню. Так, при призначенні покарання суд повинен дотримуватися вимог ст. 65 КК України щодо загальних положень призначення покарання з метою реалізації принципів законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання. Згідно з матеріалами справи при вчиненні злочину кожен з вказаних осіб виконував відведену йому роль, що повинно було бути враховано судом при призначенні покарання відповідно до положень Постанови ПВСУ «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24 жовтня 2003 року. Відповідно

до статей 75, 77 КК України суд першої інстанції звільнив Н., М., Л., Т. від відбування основного покарання і далі у резолютивній частині вироку не вказав, що додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з охороною майна, строком на 1 рік стосовно кожного підлягає самостійному виконанню. Це не відповідає роз'ясненням п. 9 вказаної Постанови ПВСУ, де зазначено, що додаткові покарання підлягають реальному виконанню, про що суд зазначає у резолютивній частині вироку. За таких обставин вирок Рубіжанського міського суду Луганської області від 21 серпня 2006 року скасований ухвалою колегією суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 20.05.2008⁴⁸.

Сучасному кримінальному праву притаманне зростання ролі диспозитивних відносин у механізмі кримінального-правового регулювання (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція), розширення індивідуалістських, приватно-правових засад, послаблення формалізації та обов'язковості покарання, що веде до віртуальної реальності кримінально-правової заборони. У цьому зв'язку виникає необхідність у розробці системного механізму врахування волевиявлення потерпілої особи у галузі кримінальної юстиції. Законом України № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» у КК України стаття 65 доповнена частиною п'ятою такого змісту: «У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди». Внесення такої новели до кримінального законодавства зумовлює необхідність дослідження правил призначення покарання у передбачених випадках та аналізу практики застосування цієї норми. Запровадження

⁴⁸ Ухвала суду № 1940686. Кримінальна справа № 5-1263км08. Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1940686>

угод про примирення, зокрема в аспекті пеналізаційної практики, зміщує акценти кримінальної юстиції – з пунітивного на відновно-компенсаційний (ресторативний).

Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України та ч. 1 ст. 475 КПК України за наявності угоди про примирення суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. При цьому виникає питання про межі такого покарання. Як впливає з ч. 2 ст. 469 КПК України єдиним обмеженням є можливість укладення таких угод у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. При цьому чи повинна така угода відповідати загальним засадам призначення покарання чи ні, не йде мова ні в процесуальному, ні в матеріальному законодавстві. Певне тлумачення механізму призначення покарання за наявності угод про примирення міститься в інформаційному листі Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) № 223-1679/0/4-12 від 15.11.2012 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод». Зокрема, у п. 3 цього інформаційного листа вказано, що аналіз статей 65 і 75 КК України ... свідчить, що домовленості сторін угоди при узгодженні покарання не мають виходити за межі загальних засад призначення покарання, встановлених законом України про кримінальну відповідальність.

За даними ВССУ⁴⁹, із моменту набрання чинності кримінальним процесуальним законом суди загальної юрисдикції станом на 1 січня 2014 р. розглянули 22 653 угод, із них 11 512 – про примирення та 11 141 – про визнання винуватості. Зі статистичної інформації вбачається збереження тенденції до подальшого активного застосування інституту угод у кримінальному судочинстві. Аналіз динаміки показників застосування положень

⁴⁹ Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод. URL: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html

КПК у судовій практиці свідчить, що кількість затверджених вироком угод є сталою, без суттєвих коливань, і становить у середньому майже 3 000 затверджених угод на місяць. Натомість кількість постановлених судом судових рішень про відмову в затвердженні угоди коливається в межах від 70 до 250 ухвал на місяць і має незначну тенденцію до збільшення.

Незважаючи на позитивну динаміку затверджених угод на підставі угод, з огляду на те, що цей інститут є новим у кримінального судочинства, його механізм ще не відпрацьований судовою практикою та достатньою мірою не досліджено науковою доктриною. В угоді про примирення згідно зі ст. 471 КПК крім іншого, зазначаються узгоджене покарання та згода сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від покарання з випробуванням. Автозаводський районний суд м. Кременчука, затверджуючи вироком від 28 січня 2013 р. угоду між потерпілими Б. Ю. та Б. І. і обвинуваченими К. Р. за ч. 1 ст. 125, ч. 1 ст. 185 КК України та М. Р. за ч. 1 ст. 119 КК України і призначаючи їм покарання (відповідно, К. Р. – 1 рік позбавлення волі зі звільненням від відбування покарання з випробуванням, а М. Р. – 3 роки обмеження волі), не звернув уваги, що вид та розмір покарання в угоді позначили лише потерпілі, а згода обвинувачених на їх призначення відсутня. Слід зауважити, що недотримання сторонами угоди цих вимог процесуального закону при її укладенні має служити постановленню судом відмови в її затвердженні.

Досить часто у вироках на підставі угод допущено помилки при призначенні покарання у вигляді штрафу, зокрема визначено розмір штрафу у неоподатковуваних мінімумах доходів громадян без наведення конкретної суми штрафу. Наприклад, вироком Білогірського районного суду Автономної Республіки Крим від 8 квітня 2013 р. затверджено угоду про примирення між потерпілим та обвинуваченим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 296 КК України, та призначено покарання

у виді штрафу в розмірі 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян без зазначення його суми. Або у резолютивній частині вироку Горностаївського районного суду Херсонської області від 28 березня 2013 р., ухваленого на підставі угоди про примирення у кримінальному провадженні щодо Г., обвинуваченого за ч. 1 ст. 185 КК України, вказано про призначення обвинуваченому узгодженого сторонами угоди покарання у виді 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 850 грн. Слід зауважити, що ст. 51 КК України не передбачено такого виду покарання як неоподатковуваний мінімум доходів громадян, тому у вироку необхідно обов'язково зазначати конкретний вид призначеного покарання (громадські, виправні роботи, штраф, арешт, позбавлення волі тощо), не допускаючи будь-яких скорочень.

Крім того, слід нагадати, що Пленумом Верховного Суду України у п. 24 постанови від 29 червня 1990 р. № 5 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку» акцентовано увагу судів на необхідності точного виконання вимог закону про зміст резолютивної частини обвинувального вироку, яка повинна бути викладена чітко та ясно, щоб при виконанні вироку не виникало сумнівів щодо виду та розміру покарання, призначеного судом, та змісту інших рішень, викладених у цій частині вироку.

В ч. 3 ст. 3 КК України передбачено, що КК України визнає не тільки злочинність та караність діяння, а й інші кримінально-правові заходи. Традиційно до таких заходів відносять примусові заходи медичного характеру та примусове лікування. 18 квітня 2013 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (набрав чинності з 15.12.2013 р.), яким були внесені зміни до

Кримінального кодексу України та визначено в якості зах кримінально-правового характеру спеціальної конфіскації. І інститут спрямований на посилення боротьби зі злочинні забезпечення невідворотності та повноти покарання за вчин злочин. Крім того, спеціальна конфіскація є ефективним з бом у боротьбі з корупційною злочинністю. Спеціальна кон кація уже давно передбачена Кримінальними кодексами біль сті держав світу. Зокрема такий правовий інститут зустрічаєт у законодавстві Австрії, Білорусії, Іспанії, Швеції та ін. країн

Від 18 лютого 2016 р. був прийнятий Закон України «внесення змін до Кримінального та Кримінального процесу ного кодексів України щодо виконання рекомендацій, які п тяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан ви нання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейсь Союзом візового режиму для України, стосовно удоско лення процедури арешту майна та інституту спеціальної н фіскації» № 1019-VIII, а, отже, відповідно до діючої реда ст. 96-1 КК України спеціальна конфіскація полягає у при совому безоплатному вилученні за рішенням суду у власн держави грошей, цінностей та іншого майна у випадках, ви чених цим Кодексом, за умови вчинення умисного злоч або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під озн діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу які передбачено основне покарання у виді позбавлення н або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мініму доходів громадян, а так само передбаченого частиною пери статті 150, статтею 154, частинами другою і третьою статті 15 частиною першою статті 190, статтею 192, частиною пери статей 204, 209-1, 210, частинами першою і другою статей 2 212-1, частиною першою статей 222, 229, 239-1, 239-2, ча ною другою статті 244, частиною першою статей 248, 249, ча нами першою і другою статті 300, частиною першою статей 3 302, 310, 311, 313, 318, 319, 362, статтею 363, частиною пери

статей 363-1, 364-1, 365-2 КК. Спеціальна конфіскація застосовується на підставі: 1) обвинувального вироку суду; 2) ухвали суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності; 3) ухвали суду про застосування примусових заходів медичного характеру; 4) ухвали суду про застосування примусових заходів виховного характеру. Тобто спеціальна конфіскація застосовується також у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю, або звільняється від кримінальної відповідальності чи покарання з підстав, передбачених цим Кодексом, крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

ВССУ (лист від 29.12.2015 № 9-2657/0/4-15) прийнято до уваги проблемні питання застосування конфіскації майна та спеціальної конфіскації під час здійснення проваджень за корупційні правопорушення, звернуто увагу на складність питання (упродовж 2014 – 2015 років чотири рази вносились зміни та доповнення, що стосувалися підстав застосування спеціальної конфіскації та переліку злочинів, за вчинення яких її може бути застосовано) і заплановано проведення узагальнення судової практики застосування додаткового покарання у виді конфіскації майна та спеціальної конфіскації як заходу кримінально-правового характеру за вчинення злочинів, перелік яких вказано у статті 96-1 Кримінального кодексу України. У судовій практиці проблемним залишається розмежування конфіскації майна як покарання від спеціальної конфіскації.

Спеціальна конфіскація майна, незважаючи на її так звану новизну, вже давно була передбачена у КК України, але не в Загальній частині, а в його Особливій частині. Про це свідчить аналіз низки санкцій статей Особливої частини КК України, зокрема, ч. 2 ст. 203-1, ч. 1, 2 і 3 ст. 203-2, ч. 3 ст. 395, ч. 2 ст. 306 КК України. Крім того, про її особливу правову природу можна було зробити висновок і із змісту положень

ч. 2 ст. 201, ст.ст. 209, 368, 368-2 КК України, санкції встановлюють обов'язок застосування спеціальної конфіскації як окремого заходу кримінально-правового характеру поряд із конфіскацією майна як виду кримінального покарання. Визнання спеціальної конфіскації мало місце і в судовій практиці. Так, Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ розглянула в судовому засіданні у м. Києві 15 березня 2011 року кримінальну справу за касаційним поданням першого заступника прокурора Закарпатської області на вирок Рахівського районного суду Закарпатської області від 21 січня 2010 року, яким ОСОБА_5 засуджено за ч. 1 ст. 201 КК України із застосуванням ст. 69¹ КК України до позбавлення волі на строк три роки і три місяці без конфіскації предметів контрабанди; за ч. 1 ст. 209 КК України із застосуванням ч. 1 ст. 201 КК України до позбавлення волі на строк три роки без позбавлення права займатися підприємницькою діяльністю та без конфіскації коштів, одержаних злочинним шляхом; за ч. 5 ст. 209 ч. 2 ст. 358 КК України до позбавлення волі на строк один рік; за ч. 3 ст. 358 КК України до обмеження волі на строк 2 роки. На підставі ст. 70 КК України за сукупністю злочинів ОСОБА_5 одержав точно призначено покарання у виді позбавлення волі на строк три роки і три місяці, із застосуванням ст. 69-1 КК України, конфіскації майна і коштів, одержаних злочинним шляхом, та позбавлення права займатися підприємницькою діяльністю. На підставі ст. 75 КК України ОСОБА_5 від відбування призначеного покарання звільнено з випробуванням, з іспитовим строком один рік. В апеляційному порядку вирок суду не перекладався. У касаційному поданні перший заступник прокурора Закарпатської області просить вирок щодо ОСОБА_5 скасувати у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону, невідповідністю призначеного судом покарання тяжкості злочину та особі засудженого, а справу направити на новий судовий розгляд. Твердить, що суд не мотивував свій висновок

звільнення ОСОБА_5 від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України. Зазначає, що суд безпідставно не застосував конфіскацію предметів контрабанди. Посилається на те, що при призначенні покарання за ч. 1 ст. 209 КК України без позбавлення права займатися підприємницькою діяльністю суд помилково послався на ч. 1 ст. 69 КК України, а при призначенні покарання за ч. 1 ст. 201 КК України без конфіскації предметів контрабанди – на ст. 69¹ КК України. Заслухавши доповідь судді, міркування прокурора Пересунька С.В., який підтримав касаційне подання, перевіrivши матеріали кримінальної справи, обговоривши доводи касаційного подання, колегія суддів вважає, що подання підлягає задоволенню з таких підстав. Згідно зі ст. 65 КК України особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів. Відповідно до п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» № 7 від 24.10.2003 року призначаючи покарання, у кожному конкретному випадку суди зобов'язані враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, дані про особу винного та обставини справи, що пом'якшують і обтяжують покарання. Визнавши ОСОБА_5 винуватим за ч. 1 ст. 201, ч. 1 ст. 209, ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 358, ч. 3 ст. 358 КК України, суд при призначенні йому покарання на порушення вимог ст. 65 КК України по суті не врахував ступінь тяжкості вчинених ним злочинів, те, що злочини, передбачені ч. 1 ст. 209 і ч. 1 ст. 201 КК України, відносяться до категорії тяжких злочинів, здійснені були протягом тривалого часу, та без достатніх підстав звільнив його від відбування покарання на підставі ст. 75 КК України. Якщо при новому розгляді буде встановлена винуватість ОСОБА_5 у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 201, ч. 1 ст. 209, ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 358, ч. 3 ст. 358 КК України, то рішення про звільнення його від відбування покарання на підставі ст. 75 КК України слід вважати

таким, що є явно несправедливим внаслідок м'якості. Визнавши ОСОБА_5 винуватим за ч. 1 ст. 201 і ч. 1 ст. 209 КК України та поновивши щодо нього обвинувальний вирок, судом не вирішено питання про конфіскацію коштів або іншого майна, одержаного ним злочинним шляхом, а також конфіскацію предметів контрабанди. У вирокі суду зазначено, що суд вважає за можливе застосовувати конфіскацію предметів контрабанди, оскільки такі відсутні. Такий висновок суду не ґрунтується на вимогах закону. Так, відповідно до п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» № 8 від 03.06.2005 року (зі змінами, внесеними згідно з Постановою № 8 від 30.05.2008 року), якщо предмет контрабанди чи порушення митних правил вивезено за межі України, реалізовано, знищено або ж місце його походження не встановлено, при визначенні його вартості можуть бути використані відомості, наявні у митних, товаросупроводових та інших документах. Таким чином, факт відсутності предметів контрабанди не може бути підставою для не застосування спеціальної конфіскації. Отже, судом безпідставно не застосовано спеціальну конфіскацію, яка передбачена як обов'язкова у санкціях ч. 1 ст. 209 і ч. 1 ст. 201 КК України. Крім того, позбавивши ОСОБА_5 покарання за ч. 1 ст. 209 КК України та позбавлення права займатися підприємницькою діяльністю, а також без конфіскації коштів, одержаних злочинним шляхом, та предметів ч. 1 ст. 201 КК України без конфіскації предметів контрабанди, суд не мотивував своє рішення і, крім того, помилково посилається на ч. 1 ст. 69 та ст. 69¹ КК України. За таких обставин застосування судом щодо ОСОБА_5 ст. 75 КК України не можна визнати обґрунтованим, а тому вирок підлягає скасуванню, а справа поверненню на новий судовий розгляд⁵⁰.

⁵⁰ Рішення № 14367371. Кримінальна справа № 5-337км11. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14367371>

13 травня 2014 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (набрав чинності – 04.06.2014 р.), яким КК України був доповнений Розділом XIV-1 «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Цим розділом передбачено підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, юридичних осіб, до яких застосовуються такі заходи, підстави для звільнення юридичної особи від застосування вказаних вище заходів, види заходів кримінального-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, а також загальні правила застосування таких заходів та застосування їх за сукупністю злочинів. Метою вказаних змін є підвищення санкцій за кримінальні корупційні правопорушення – встановлення більш жорстких видів покарання за відповідні правопорушення як щодо фізичних, так і щодо юридичних осіб.

На відміну від інших заходів кримінально-правового впливу, відмінних від покарання, лише щодо юридичних осіб закріплені загальні правила застосування заходів кримінально-правового характеру. Відповідно до ст. 96-10 КК при застосуванні до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру судом враховуються ступінь тяжкості вчиненого її уповноваженою особою злочину, ступінь здійснення злочинного наміру, розмір завданої шкоди, характер та розмір неправомірної вигоди, яка отримана або могла бути отримана юридичною особою, вжиті юридичною особою заходи для запобігання злочину. У цій нормі словосполучення «злочинний намір» є не зовсім застосовний до фікції «юридична особа», а фактично має відношення лише щодо уповноваженої особи як фізичної особи.

Слід звернути увагу, що законодавець не запроваджує щодо юридичних осіб можливості «притягнення до кримінальної

відповідальності», натомість до юридичних осіб застосовують «заходи кримінально-правового характеру» за діяння, учинені іншою особою (фізичною). На практиці відповідальність за неправомірні діяння юридичної особи покладається на її уповноважених осіб.

При цьому доводити вину юридичної особи не треба, якщо буде доведено вину її уповноваженої особи, та й саме поняття «вина» важко віднести до юридичної особи. Однак слід звернути увагу, що з огляду на законодавчі нововведення можливе подвійне застосування відповідальності за одне й те саме правопорушення. У першому випадку до кримінальної відповідальності може притягатися уповноважена особа, яка діяла в інтересі юридичної особи та яка безпосередньо вчинила таке правопорушення. У другому випадку за вчинене правопорушення уповноваженою особою від імені юридичної особи до юридичної особи може бути застосовано заходи кримінально-правового характеру. Звичайно, таке твердження суперечить нормам Конституції України, яка гарантує індивідуальність при застосуванні відповідальності, однак неоднакове застосування законодавства в Україні може призвести до таких негативних наслідків, як подвійна відповідальність.

Складність ситуації зумовлена тим, що саме прокурорський слідчий, суддя, судом за їх внутрішнім переконанням здійснюється оцінка доказів та саме на них лежить обов'язок вирішити, чи від імені та в інтересах саме юридичної особи її уповноважена особа вчинила злочин, чи достатньо вжито заходів кримінальною особою для запобігання злочину тощо. З іншого боку практика свідчить про те, що суд накладає арешт за наявності достатніх підстав вважати, що майно було набуто в результаті вчинення кримінального правопорушення, за яке до юридичної особи може бути застосовано захід кримінального характеру. Так, колегія суддів апеляційного суду Донецької області, розглянувши апеляційну скаргу прокурора про накладення арешту

готівкові грошові кошти у зв'язку з отриманням необлікованих доходів від реалізації власно виготовленої продукції, дійшла висновку про достатність підстав для застосування, передбачених ст. 96-3 КК України заходів кримінально-правового характеру. Зокрема, вказане рішення пов'язане з тим, що зазначені у клопотанні про накладення арешту готівкові грошові кошти та м'ясна продукція були майном тимчасово вилученим під час обшуку стосовно якого, згідно з п. 4 ч. 2 ст. 167 КПК України, та були достатні підстави вважати, що вони набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, доходи від них або на які було спрямовано кримінальне правопорушення⁵¹.

На практиці трапляються непоодинокі випадки помилкового застосування положення ст. 170 КК України, а саме, застосування арешту майна за відсутності даних щодо вчинення службовими особами юридичної особи відповідних злочинів. До прикладу, колегія суддів Апеляційного суду Львівської області зазначила про порушення судом першої інстанції норм КПК України щодо накладення арешту на банківські рахунки юридичної особи. Зокрема, судом першої інстанції не було здобуто даних щодо вчинення службовими особами юридичної особи злочинів, відомості стосовно юридичної особи до ЄРДР не вносились, повідомлення про підозру у вчиненні злочину будь-кому зі службових осіб цієї юридичної особи не вручалось, а кримінальне провадження внесене до ЄРДР за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 191 КК України, яке не зазначено у ст. 96-3 КК України⁵².

Аналіз наведених законодавчих приписів дає підстави стверджувати, що провадження щодо юридичної особи здійснюється

⁵¹ Ухвала суду № 234/7981/15-к. Номер провадження 11-сс/775/16/2015. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50384894>

⁵² Ухвала суду № 461/9851/14-к. Провадження № 11-сс/783/445/14. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41000433>

в межах відповідного кримінального провадження стосовно уповноваженої особи юридичної особи. У разі ухвалення обвинувального вироку щодо уповноваженої особи юридичної особи рішення про застосування до юридичної особи ЗКПХ зазначатись у резолютивній частині ухваленого обвинувального вироку щодо цієї фізичної особи, згідно з положеннями ст. 374 КПК України.

Важливим є положення про те, що не допускається ні укладення угоди про примирення, ні угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні стосовно уповноваженої особи юридичної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення у зв'язку з яким здійснюється провадження щодо юридичної особи. Таким чином, саме правове явище «притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності» залишається в теорії. Проте хаотичне застосування норм чинного законодавства, його значні колізії та прогалини можуть призвести до викривленого сприйняття спроби законодавця підвищити рівень відповідальності юридичних осіб.

Висновки. У результаті проведеного дослідження можна констатувати певні подібні помилки у сфері призначення покарання. Вони проявляються у: 1) порушенні законодавчих меж призначення покарання; 2) у визначенні покарання у такому виборі, в якому вирок практично неможливо виконати; 3) не врахуванні приписів Загальної частини КК, які стосуються умов застосування тієї чи іншої міри впливу; 4) непереконливому мотивуванні обраного покарання; 5) не врахуванні або недостатньому повному врахуванні даних у справі (провадженні).

Таким чином, з одного боку, зловживання правом властива правовій системі (але у рамках кримінальна права не характеризується несправедливістю), а з іншого, – формальна правомірність (за якої наноситься шкода іншим суб'єктам). З огляду на зазначене у кримінальному праві зловживання правом як характеристика розсудової діяльності виступає в якості особливого варіанту правової поведінки.

який судді можуть виконувати поряд з правомірною поведінкою або протиправною, якщо суддівський розсуд переростає у свавілля. Законодавчі нормативи якнайкраще демонструють можливість зловживання у кримінальному праві у межах закону, тобто діяння, яке не порушує спеціальні приписи ст. 375 КК України, однак є шкідливим неправомірним явищем. Зловживання правом як характеристика суддівського розсуду у рамках закону може мати своїм результатом скасування вироків. Однак, таке зловживання, на відміну від кримінально-караного зловживання владою або службовим становищем (яке не є характеристикою суддівського розсуду), не має наслідком притягнення винного (судді) до кримінальної відповідальності, питання може ставитися про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, і то не завжди. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК має ряд проблемних аспектів на практиці: 1) щодо «скасованості» судового рішення як підстави притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України; 2) відмежування зловживання суддівським розсудом, що існує у рамках закону, від суддівського свавілля як характеристики правопорушення, передбаченого ст. 375 КК України; 3) ознака складу злочину як «завідомість» та «формула вини» при вчиненні діяння, передбаченого зазначеною раніше статтею. А тому необхідним є вироблення нових шляхів кримінально-правового стримування зловживання та неналежної реалізації норми кримінально-правового примусу у пеналізаційній практиці.

Питання для самоконтролю

1. Реалізація Загальних засад призначення покарання у судовій практиці.
2. Реалізація Спеціальних правил призначення покарання.
3. Мотивування пеналізаційної практики.
4. Зловживання суддівським розсудом та суддівське свавілля.

Рекомендована література до розділу

1. Узагальнення судової практики призначення покарань у зв'язку з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до деяких актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності». URL: <http://kia.court.gov.ua/sud2690/uzah/13/>
2. Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/9A539844EB54F3EBC2257B7C0037FDFF](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/9A539844EB54F3EBC2257B7C0037FDFF)
3. Уголовное право. Общая часть : учебник для вузов / отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова. Москва : НОРМА-ИНФРА, 1997. 516 с.
4. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 листопада 2008 р. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 2 (102). URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsen.nsf/0/C2A7BF1561441D7FC2257584002D5839?OpenDocument>
5. Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення : монографія. Київ : Паливода А.В., 2012. 404 с.
6. Ухвала суду № 16055971. Кримінальна справа № 5-776км11. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16055971>
7. Ухвала суду № 15132850. Кримінальна справа № 5-876км11. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15132850>
8. Ухвала суду № 1940686. Кримінальна справа № 5-1263км08. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1940686>
9. Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод. URL: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html

10. Рішення № 14367371. Кримінальна справа № 5-337км11. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14367371>
11. Ухвала суду № 234/7981/15-к. Номер провадження 11-сс/775/16/2015. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50384894>
12. Ухвала суду № 461/9851/14-к. Провадження № 11-сс/783/445/14. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41000433>

ПІСЛЯМОВА

Посібник, із яким ви ознайомились, не є типовим. По-перше, він написаний як підґрунття майбутніх навчальних посібників Одеської юридичної школи у фундаментальних розробках питань євроінтеграційної кримінальної політики та проекту ERASMUS + KA 1 «Модернізація магістерських програм для майбутніх суддів, прокурорів, слідчих з урахуванням європейських стандартів з прав людини, 598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-SBHE-JP». До того ж питання модернізації програм у сфері кримінальної юстиції пов'язані не тільки із написанням окремих силабусів, навчальних програм по конкретним дисциплінам, але й розробки методологічних аспектів теми. Для майбутнього магістра права важливо формування лабораторії думки.

Саме цьому – лабораторії думки у галузі кримінально-правових дискурсів (сенси кримінального права) і була присвячена ця робота.

Сенси сучасного кримінального права (кримінально-правові дискурси) мінливі та непередбачувані.

Вони вимагають від дослідників креативних пропозицій щодо вирішення проблем нормативного визначення кримінальних правопорушень, покарань та інших заходів кримінально-правового реагування. Сенси кримінального права загалом може розглядатися як певна форма свободи реалізації кримінальних праввідносин, заснована на справедливості та гуманізмі застосування державного примусу, що підкріплений відповідними гарантіями охорони суб'єктивних прав. Саме через сенси розкривається концептуальне завдання кримінального права як

універсального механізму захисту та забезпечення безпеки держави, суспільства особи від кримінальних правопорушень.

З одного боку це вимагає передбачуваності та обізнаності громадян у заходах кримінально-правового примусу (ЕЧПР *Kafkaris vs Cyprus*, § 150).

З другого боку, кримінально-правова норма – це текст, елемент культурного осередку, який, будучи визнаний державою, має бути певним чином інтерпретованим та інтеріорізованим у свідомості фахівців та громадян, відтворюючи відповідне правило поведінки, підкріплене належною заборонаю.

Звідси регулятивна функція кримінального права полягає у взаємодії існування певної кількості правових моделей та регуляторів бажаної поведінки і з боку законодавця, і з боку відносно самостійних від писаного кримінального закону корелюючих правил життєдіяльності індивіда (соціальної спільноти).

На жаль, з точки зору сучасної методології постмодерну, ці заборони загалом асиметричні. Людина чи група активістів іншим чином формує відповідь на питання: «Що таке добре», ніж держава. У судовій практиці принцип *lex certa* може бути тлумаченим на користь держави у випадку презумпції обізнаності (ЄСПЛ, *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall vs Iceland*, § 88), або загалом бути відданим на розгляд місцевого суду (ЄСС, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, § 50)

До того ж державі в умовах кризи чи безладу, спричиненого соціальними, політичними чи іншими дисбалансами, простіше та вигідніше відійти від певних гарантій свободи особистості, захисту прав людини, що й робилося у період пандемії. Це, вочевидь пов'язане із практикою заміни норм та сенсів кримінального права зловживаннями владою та зловживаннями правом з боку органів державного управління. Виникає становище, за яким кримінально-правова норма не реалізується, бо регулятор не співпадає із аттрактором, та/або реакція на регулятор загалом не може бути передбаченою.

У такому вигляді проблематика рекодифікації кримінального законодавства держав у транзиції з метою внесення змін, які істотно перетворюють симетрію, структуру правової регламентації кодексу, його інститути та механізми реалізації, основні сенси з урахуванням практики застосування Європейської конвенції з захисту прав людини та основних свобод та конституційної реформи в цілому, залишається невирішеною, чи з'ясовується паліативними заходами дисциплінарного чи адміністративного примусу.

До того ж відсутність вимог «якості закону» щодо визначення правопорушення або покарання, котре має за нього застосовуватись, спричиняє порушення статті 7 Європейської конвенції з захисту прав людини.

Пеналізаційна європейська практика базується на суворому використанні принципу верховенства права, проте багато питань, які ми повинні вирішити на шляху формування методології пенального дискурсу в Україні, залишаються відкритими.

Механізми гарантій прав і свобод людини в окремих країнах із застосуванням заходів кримінально-правового впливу повинні бути більш окресленими та визначеними з урахуванням процедурної практики ЄСПЛ. Це стосується, насамперед, окреслення нових сенсів права у відповідності з новими пілотними пеналізаційними рішеннями проти України (ЄСПЛ, Петухов проти України (2), 2019, № 41216/13). Це ж стосується більш жвавого втілення новацій при бажаній гармонії із існуючою правовою доктриною. Питання держав у транзиції – розвиток на шляху до щастя. Бажано вірити, що українське суспільство взмозі обрати вірний шлях розвитку: від ентропії та хаосу свавілля до системної упорядкованості закону та його реалізації.

КОНТРОЛЬНІ ЗАВДАННЯ ТА КЕЙСИ

1. Ознайомтесь, будь ласка, з Інструкцією «Про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції» від 26.08.2014 № 872/88/537. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1038-14#Text>. З'ясуйте, наскільки положення цього документу відповідають Конституції України (ст. 29). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>, та ст. 5 Конвенції «Про захист прав людини та основоположних свобод». URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text. При рішенні казусу доцільне посилання на справу BROGAN AND OTHERS V. THE UNITED KINGDOM. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-57450%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57450%22]})
2. Ознайомтесь з цитатою з Загальної декларації прав людини... «необхідно, щоб права людини охоронялися владою закону в цілях забезпечення того, щоб людина не була змушена звертатися в якості останнього засобу, до повстання проти тиранії та гноблення...» (https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text. Чи відповідає повстання як крайній спосіб ефективного захисту прав людини положенням Конституції України (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>) та Кримінального кодексу України (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>)?
3. Регламентом FIFA по охороні правопорядку та забезпеченню безпеки стадіонів (URL: [101](http://www.dvorsportinfo.ru/articles/reglament-fifa-po-ohrane-pravoporyadka-i-</div><div data-bbox=)

obespecheniyu-bezopasnosti-stadionov) у ст. 15 встановлює, що стюарди стадіонів мають право на зупинку та затримання громадян. Чи відповідає це положенням Конвенції РЄ по загальному підходу до безпеки спортивних заходів (URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/218>). При рішенні кейсу доцільне використання матеріалів справи ECHR S. V. and A. V. DENMARK. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-187391>

4. Ознайомтесь зі статтями 325 (1) та 325 (2) Договору про функціонування Європейського Союзу. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj, та справою ОАО NEFTYANAYA KOMPANIYA YUKOS V. RUSSIA, No. 14902/04 §§ 563, 564 and 570. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145730> Згідно з судовою практикою ЄСПЛ продовження строку давності та його негайне застосування не тягнуть за собою порушення прав, гарантованих статтею 7 Європейської конвенції з прав людини, оскільки це положення не можна трактувати як таке, що забороняє продовження строку давності, коли відповідні правопорушення ніколи не підпадали під обмеження.
5. З метою окреслення характеру субсидіарної юрисдикції судових рішень ЄСПЛ ознайомтесь зі справою Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114082> п. 103, та судовою практикою, що цитується у цьому рішенні.
6. Проаналізуйте справу CASE OF JORGIC v. GERMANY (Application No. 74613/01) JUDGMENT STRASBOURG 12 July 2007 з точки зору визначення ознак складу злочину як підстави притягнення до кримінальної відповідальності.
7. З метою визначення сутності «права на надію» проаналізуйте справи «Вінтер та інші проти Великобританії» / Vinter and others v. The United Kingdom. The European Court of Human Rights. 9 July 2013. Applications № 66069/09, 130/10 and 3896/10. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664> (зверніть увагу на

окремі думки); Лазло Маг'яр проти Угорщини» / László Magyar v. Hungary. The European Court of Human Rights. 13 October 2014. Application № 73593/10. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-144109>; «Хатчінсон проти Великобританії» / Hutchinson v. The United Kingdom. The European Court of Human Rights. 17 January 2017. Application № 57592/08. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-170347>; «Петухов проти України (№ 2)» / Petukhov v. Ukraine (No 2). The European Court of Human Rights. 12 March 2019. Application № 41216/13. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-198296>.

ПИТАННЯ ДЛЯ САМОАНАЛІЗУ⁵³

Принцип юридичної визначеності

Практика ЄСПЛ:

Справа «Мельник проти України» / Melnik v. Ukraine. The European Court of Human Rights. 28 June 2006. Application № 72286/01 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72886>

Справа «Серков проти України» / Serkov v. Ukraine. The European Court of Human Rights. 07 October 2011. Application № 39766/05 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105536>

Справа «Корецький та інші проти України» / Koretskyu and Others v. Ukraine. The European Court of Human Rights. 03 April 2008. Application № 40269/02 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85679>

Принцип динамічного тлумачення Конвенції

Практика ЄСПЛ:

Справа «Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії» / Vilho Eskelinen and others v. Finland. The European Court of Human Rights. 19 April 2007. Application № 63235/00 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80249>

Справа «Петрова та Чорнобривець проти України» / Petrova and Chornobryvets v. Ukraine. The European Court of Human Rights. 15 August 2008. Applications № 6360/04 and 16820/04 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86275>

Справа «Зубко та інші проти України» / Zubko and other v. Ukraine. The European Court of Human Rights. 26 July 2006. Applications № 3955/04, 5622/04, 8538/04 and 11418/04 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75137>

⁵³ У розробці матеріалів цього розділу брала участь к.ю.н., доцент Тімофєєва Л.І.

Принцип автономності тлумачення

Практика ЄСПЛ:

Справа «Замула та інші проти України» / *Zamula and others v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 08 February 2006. Application № 10231/02 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70887>

Справа «Будченко проти України» / *Budchenko v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 24 July 2014. Application № 38677/06 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142517>

Справа «Сук проти України» / *Suk v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 10 June 2011. Application № 10972/05 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103893>

Справа «Лучанінова проти України» / *Luchaninova v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 09 September 2011. Application № 16347/02 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104913>

Заборона катування та нелюдського поводження (ст. 3 Конвенції)

Практика ЄСПЛ:

Справа «Ірландія проти Сполученого Королівства (модельна справа)» / *Ireland v. The United Kingdom*. Key case. The European Court of Human Rights. 10 September 2018. Application № 5310/71 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585>

Справа «Барсукови проти України» / *Barsukovy v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 26 February 2015. Application № 23081/07 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152596>

Справа «Матушевський і Матушевська проти України» / *Matushevskyy and Matushevskya v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 23 September 2011. Application № 59461/08 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105279>

Справа «Кулік проти України» / *Kulik v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 19 June 2015. Application № 10397/10 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152889>

Справа «Басенко проти України» / *Basenko v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 26 February 2016. Application № 24213/08 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158881>

Справа «Кучерук проти України» / *Kucheruk v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 06 December 2007. Application № 2570/04 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82200>

Справа «Кривова проти України» / *Krivova v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 11 April 2011. Application № 25732/05 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101674>

Справа «Буглов проти України» / *Buglov v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 15 December 2014. Application № 28825/02 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145350>

Справа «Федоров і Федорова проти Росії» / *Fedorov and Fedorova v. Russia*. The European Court of Human Rights. 13 January 2006. Application № 31008/02 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70583>

Справа «Арская проти України» / *Arskaya v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 05 March 2014. Application № 45076/05 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138590>

Справа «Микола Волкогонов та Ігор Волкогонов проти України» / *Nikolay Volkogonov and Igor Volkogonov v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 28 November 2013. Application № 40525/05 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138574>

Справа «Скороходов проти України» / *Skorokhodov v. Ukraine*. The European Court of Human Rights. 14 February 2014. Application № 56697/09 // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128049>

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004
2. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання: Ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 3484-XI від 26 січня 1987 року. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1987. № 6. Ст. 101 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085
3. Минимальные стандартные правила обращения с заключенными. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/prison.shtml
4. Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся обращения с женщинами-заключенными и мер наказания для женщин-правонарушителей, не связанных с лишением свободы (Бангкокские правила). Приняты резолюцией 65/229 Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 2010 года. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/bangkok_rules.shtml
5. The EU Charter of fundamental Rights: A Commentary – Oxford, UK : Hart Publishing, 2014.
6. Tuliakov Viacheslav. Criminal law. URL: https://www.youtube.com/playlist?list=PLT-eFDRSEgMPmnpGK1qm_cUeYE1k0TKpl
7. Азаров Д.С. Врахування ступеня тяжкості злочину при призначенні покарання із застосуванням статті 69 КК України (за результатами узагальнення судової практики). *Наука і правоохорона*. 2014, № 1 (23). URL: <http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/3396/>

Azarov_Vrakhuvannia_stupenia_tiazhkosti_zlochynu%20.pdf;jsessionid=F561DAF53C5D770DCCF28F625FE9466D?sequence=1

8. Антипов В.І. Кримінальний кодекс України в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини: правові норми, судова практика, науково-практичний коментар : науково-практичне видання. Харьков : Право, 2019. 1200 с.
9. Арманов М. Призначення покарання за сукупністю злочинів при застосуванні звільнення від відбування покарання з випробуванням. *Вісник прокуратури*. 2015. № 5 (167). С. 60–67.
10. Ащенко О.М., Човган В.О. Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. Харків : Права людини, 2014.
11. Бабанли Р.Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернігів : Десна Поліграф, 2019. 488 с.
12. Баулін Ю.В. Принцип справедливості кримінального закону у правових позиціях Конституційного суду України. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12–13 жовт. 2016 р.) / ред. кол. : В.Я. Тацій (гол. ред.), В.І. Борисов (заст. гол. ред.) та ін. Харків : Право, 2016. С. 13–17.
13. Денькович О. Кримінально-правові колізії між рішеннями Конституційного Суду України та практикою Європейського суду з прав людини. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 4. С. 219–222.
14. Євграфов П. Правотлумачна діяльність Європейського суду з прав людини і її значення для України. URL: <http://www.zakon.org.ua/?w=r&i=12&d=692>
15. Євдокимова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом за наявності обтяжуючих

- обставин. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 1. С. 265–268.
16. Задоя К.П. Рішення Конституційного Суду України в справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. *Адвокат*. 2012. № 2 (137). С. 25–28.
 17. Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України : монографія. Луганськ : РВВ ЛА ВС, 2005.
 18. Іскендеров Ф.Ш. Індивідуалізація покарання за законодавством республіки Греція. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету: Серія: Юриспруденція*. Одеса, 2017. Вип. 26. С. 89–92.
 19. Іскендеров Ф.Ш. Дуалізм правового визначення ознак індивідуалізації покарання: компаративний аналіз. *Підприємництво, господарство, право*. 2017. № 7. С. 126–130.
 20. Іскендеров Ф.Ш. Теоретичні основи індивідуалізації покарання в законодавстві та доктрині деяких країн Причорноморського басейну. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. Вип. 2. С. 105–109.
 21. Іскендеров Ф.Ш. Врахування особи винного при індивідуалізації покарання. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. Вип. 3. С. 173–177.
 22. Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні : монографія. Одеса : Юридична література, 2013. 272 с.
 23. Меркулова В.О. Кримінальна відповідальність: окремі теоретичні та соціально-правові аспекти : монографія. Одеський юридичний ін-т Харківського національного ун-ту внутрішніх справ. Одеса : ОЮІ ХНУВС, 2007. 224 с.
 24. Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення : монографія. Київ : Паливода А.В., 2012. 404 с.
 25. Назимко Є.С. Теоретико-прикладні засади становлення та розвитку інституту покарання неповнолітніх

- у кримінальному праві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2016. 36 с.
26. Нікітін А.О. Принципи та загальні засади призначення покарання. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2014. № 7. С. 187–190.
 27. Нікіфорова Т.І. Проблеми призначення покарання за сукупністю вироків. *Університетські наукові записки*. 2017. № 62. С. 79–92.
 28. Новий Кримінальний кодекс України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>
 29. Новікова К.А. Особливості застосування загальних засад при призначенні покарання у виді обмеження волі. *Вісник Кримінологічної асоціації України* : зб. наук. праць / ред. кол. : Т.А. Денисова, О.М. Джужа, В.П. Ємельянов та ін. Харків : Золота миля, 2014. № 7. С. 175–186.
 30. Омельчук О.М. Призначення покарання у межах, установлених у санкції статті Особливої частини Кримінального кодексу України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, як загальна засада призначення покарання. *Журнал Східноєвропейського права*. 2015. № 12. С. 30–36.
 31. Панов М. Чезаре Беккарія і його славнозвісний трактат «Про злочини і покарання» (до 250-річчя опублікування). *Право України*. 2014. № 9. С. 226–244.
 32. Пархоменко Н.М. Розвиток законодавства України в контексті конституціоналізації, євроінтеграції та забезпечення прав людини : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2016. 254 с.
 33. Письменський Є.О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України. Луганськ : РВВ ЛУВДС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. 728 с.
 34. Погребняк С.П. Принцип пропорційності в Українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ. *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування*

- практики Європейського суду з прав людини* : зб. матеріалів міжнар. наук. практ. конф. (м. Одеса, 15 верес. 2012 р.) / за ред. С.В. Ківалова; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса : Фенікс, 2012. С. 294–310.
35. Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України : монографія / МВС України, Луганська академія внутрішніх справ ім. 10-річчя незалежності України. Луганськ : РВВ ЛАВС, 2005. 109 с.
 36. Полянський Є.Ю. Кримінально-правова доктрина США: генезис, обґрунтування, перспективи : автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.08. Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2015. 36 с.
 37. Попов Ю. Рішення Європейського суду з прав людини як переконливий прецедент: досвід Англії та України. URL: http://porovucuyn.narod.ru/28_ECHR_case-law.htm
 38. Сахарук Т.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2006. 196 с.
 39. Стрельцов Є.Л. Сучасне кримінальне право України: сталі та мінливі. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) У 2-х т. Т. 2 / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 154–157.
 40. Татарінова О. В. Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, та деякі проблеми врахування суддівського розсуду. *Судова та слідча практика в Україні*. 2016. № 1. С. 104–111.
 41. Туляков В. Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій? *Право України*. 2010. № 9. С. 40–46.
 42. Туляков В.О. Макаренко А.С. Призначення покарання. *Правова доктрина України: у 5 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова*. Харків : Право, 2013. Т. 5 : *Кримінально-правові*

науки України: стан, проблеми та шляхи розвитку.
Розд. 1, підрозділ 1.5.3. С. 294–313.

43. Туляков В.О. Макаренко А.С. Призначення покарання. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1. С. 208–227.
44. Тютюгін В.І. Призначення покарання за сукупністю злочинів. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. / за заг. ред. В.Я. Тація. Харків, 2017. Т. 17 : *Кримінальне право*. С. 803–805.
45. Хильченко А.С. Пеналізаційна практика в Україні: загальний огляд. *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані*. Миколаїв : Іліон, 2016. С. 278–300.
46. Хильченко А.С. Реалізація правил призначення покарання у судовій практиці. *Підприємництво, господарство і право*. № 7. 2017. С. 138–144.
47. Хильченко (Макаренко) А.С. Деякі питання призначення покарання на підставі угод. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5.
48. Шаблистий В.В. Безпековий вимір кримінального права України. Людиноцентристське дослідження. Дніпропетровськ, 2015. 420 с.
49. Яценко А. М. Деякі аспекти індивідуалізації покарання під час його призначення (пункт 3 частини 1 статті 65 КК України). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2014. № 2. С. 97–100.

Навчальне видання

ТУЛЯКОВ Вячеслав Олексійович
ІСКЕНДЕРОВ Фірдовсі Шошан огли
ХИЛЬЧЕНКО Анастасія Сергіївна

ПЕНАЛІЗАЦІЙНА ПРАКТИКА У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ДИСКУРСІ

Навчальний посібник

Дизайн обкладинки – В. В. Савельєва
Технічне редагування – Т. В. Шутова
Верстка – Ю. С. Семенченко

Підписано до друку 16.12.2020 р. Формат 60×84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Liberation. Цифровий друк.
Ум. друк. арк. 6,74. Наклад 300. Замовлення № 0121-12.
Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавництво та виготовлення – Видавничий дім «Гельветика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглєзі, 6/1
Телефони: +38 (048) 709 38 69
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox.helvetica@gmail.com
Свідцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

