

27. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України: Проект закону України № 2086 від 22.02.2008 р. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=31741](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31741).
28. Висновок від 11.03.2008 р. на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України» (щодо наклепу) № 2086 від 22.02.2008 р. Головного науково-експертного управління ВР України (В. І. Борденюк, А. М. Ришелюк): – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=31741](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31741).
29. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України, щодо посилення відповідальності за посягання на честь, гідність та ділову репутацію людини: проект закону України № 11013 від 19.07.2012 р.: – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=44065](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44065).
30. Про судоустрій і статус суддів та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян: проект закону України № 3879 від 14.01.2014 р. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=49483](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49483).
31. Про авторське право і суміжні права: Закон України № 3792-XII від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – N 13. – Ст. 64. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.

**Хильченко Анастасія,**

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри кримінального права*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПЕНАЛІЗАЦІЙНА ПРАКТИКА В УКРАЇНІ: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД**

**Анотація.** Матеріал присвячений дослідженню проблематики інституту призначення покарання та інших заходів кримінального примусу в Україні. З'ясовується судова практика у цій сфері, на підставі чого встановлюються певні типові судові помилки. Крім цього, вивчається та аналізується нормативне регулювання пеналізаційного процесу в Україні. Як наслідок, встановлюється відмінність зловживання суддівським правом від правомірної реалізації суддівських дискрецій.

*Ключові слова:* загальні засади призначення покарання, угоди про примирення, інші заходи кримінально-правового впливу, пеналізаційна практика.

**Аннотация.** Материал посвящен исследованию проблематики института назначения наказания и других мер уголовного принуждения в Украине. Выясняется судебная практика в этой сфере, на основании чего устанавливаются определенные типичные судебные ошибки. Кроме этого, изучается и анализируется нормативное регулирование пенализационного процесса в Украине. Как следствие, устанавливается различие злоупотребления судебским правом от правомерной реализации судебских дискреций. *Ключевые слова:* общие начала назначения наказания, соглашения о примирении, иные меры уголовно-правового воздействия, пенализационная практика.

**Summary.** Thesis is devoted to research issues of sentencing and other criminal law measures in Ukraine. It turns out the jurisprudence in this area, based on which author establishes certain typical miscarriages of justice. In addition, we study and analyze normative regulation of sentencing process in Ukraine. As a consequence, author establishes the distinction between the abuse of judicial law and lawful implementation of judicial discretion.

*Key words:* general principles of sentencing, the reconciliation agreement, other measures of criminal law, sentencing practice.

## Вступ

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 невідзначеність 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, встановлених законом, не може бути пов'язане із законним суддівським розсудом.

За вироками, що набрали законної сили у 2015 році, засуджено 94,8 [102,2] 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 [24] осіб. Службові обмеження та тримання в дисциплінарному батальйоні застосовано до 340 [103] військовослужбовців. Статистика основних видів покарань та кількість осіб, звільнених від покарання, у 2015 р: звільнено від покарання – 41997 осіб (44,7%), призначено штраф – 18652 (19,8%); громадські роботи – 8622 (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 [322] осіб, стосовно 18,3 [21,7] тис. осіб справи закрито.

Сучасне кримінальне законодавство та пеналізаційна практика вимагають переосмислення сучасного механізму реалізації кримінальної заборони з тим, щоб підвищити ефективність кримінального примусу, справедливості та доцільності його застосування та мінімізувати прояви корупційного елементу. А тому метою даного дослідження є огляд та окреслення основних проблем, що складаються при реалізації кримінальної відповідальності у сфері пеналізаційної практики крізь призму зловживання суддівським правом.

## § 1. 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, за винятком випадків, передбачених частиною другою статті

53 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, мінімальною 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 поєднувати 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 були внесені Законом України від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» до Особливої частини КК, то необхідно відмітити, що дані зміни в основному стосувалися кримінально-правових санкцій. По-перше, вказаним Законом значно розширено застосування таких видів покарань, як штрафу, громадських робіт, арешту, обмеження волі, що сприятиме більш широкому застосуванню судами покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, є 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, як переповнення місць позбавлення волі. Штраф має багато переваг перед іншими видами покарань, які призначаються за вчинення злочинів не-

ликої і середньої тяжкості, починаючи зі здатності штрафу здійснити відчутний вплив на засудженого 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 засудженого від негативного соціального середовища і помістити на передбачений і встановлений вироком строк у кримінально-виконавчу 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 волі, що є 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'язковою [1].

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 части-

ни КК України, а й враховувати положення норм Загальної частини КК України. Відповідно, слід визнати, що правове регулювання кримінально-правових санкцій здійснюється не тільки нормами Особливої частини КК України, а й положеннями його Загальної частини, в яких регламентуються цілі, система покарань, підстави, 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 ст. 65 КК України ще раз підтверджує, що слід розрізняти санкцію статті (частини статті) 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 сторін 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 з'ясовують, 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 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 становить 30 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Так, Шепетівським міським судом Хмельницької області неповнолітньому К. за ч. 2 ст. 263 КК призначено штраф у розмірі 51 грн.

Статтею 101 КК 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 засудже-

ними 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. 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 місяців [2].

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 діяння (ст. 12 КК). 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 всебічного 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 перед ним 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 вчиненим злочином, а й інших даних, які всебічно його характеризують.

Конкретні практичні роз'яснення щодо того, що саме потрібно враховувати під ступенем тяжкості вчиненого злочину та особою винного містяться у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 року «Про практику призначення судами кримінального покарання» із змінами, внесені 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; 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, дер-

жаві 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. 69 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 типово) покарання, розташоване «між полюсами кордонів санкції, тобто в її медіані» [3, 370]. Положення це вже більше ста років існує в юридичній практиці.

Однак, таку аксіому законодавець випустив з поля зору. Так, пом'якшуючі і обтяжуючі обставини здатні поглинати один одного. Тобто, з позиції правозастосувача одна (будь-яка) пом'якшуюча обставина дорівнює одній пом'якшувчій або будь-якій обтяжуючій обставині і навпаки. Апробованість правила про 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 зазначен-

ня 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:

1. За наявності у справі пом'якшуючих обставин суд признає 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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 України зазначає, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 65 КК суди повинні призначати покарання в межах, установлених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, 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 злочини, неповнолітнім, жінкам, котрі на час вчинення злочину чи розгляду справи перебували у стані вагітності, інвалідам, особам похилого віку і тим, які щиро розкаялись 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 та врахування судом усіх обставин справи, що стосуються особливостей вчинення конкретного злочину, є гарантією призначення справедливого покарання й умовою досягнення мети, яка перед ним поставлена.



Аналіз судової практики показує те, що суди часто не додержують вимог ст. 65 КК, у результаті це приводить до скасування судових рішень. Так, Петропавлівський районний суд Дніпропетровської області вироком від 12 жовтня 2007 р. засудив В. за ч. 1 ст. 121 КК 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. 76 КК. 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. 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. 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, 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 [4, с. 15].

Як бачимо, у наведеному випадку порушення судом першої інстанції положень ст. 65 КК, 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.

## **§ 2. 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 призначен-

ня 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 засадами [5, с. 42]. 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 принцип 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 ущемлює 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 злочинним 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 безпосередньо 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 у попередженій 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, вироком 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. 75 КК України [6].

Наведений приклад є наочною ілюстрацією правомірної поведінки судді першої інстанції при призначенні міри, направленої 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 не може бути вимірною об'єктивно і перевірена за допомогою точних наукових методів. Розробка якихось методів об'єктивної, наближення й оцінки – одна з важковирішуваних проблем судової практики. Саме керування моральними цінностями, метою виправлення, запобігання вчинення нових злочинів, а також відновлення соціальної справедливості у сукупності забезпечить і обумовить 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 міськрайонного суду Полтавської області від 29 вересня 2010 р. ОСОБА\_5, 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 оскаржено. 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 звіль-

нив 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 призначене ОСОБА\_5 покарання із застосуванням ст. 75 КК України касаційним судом за доводами касаційної скарги прокурора визнано несправедливим внаслідок м'якості [7]. Наведений приклад констатує факт, що недотримання принципу справедливості призводить до скасування рішення.

Індивідуалізація покарання – це конкретизація судом виду і розміру міри державного примусу, який призначається особі, яка вчинила злочин, в залежності від особливостей даного злочину і його суб'єкту. Зміст принципу індивідуалізації не 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 ряді норм Кримінального кодексу. Так, індивідуалізацію покарання передбачають норми про відповідальність і покарання співучасників у вчиненні злочину (ст. ст. 29, 30 КК, ч. 4 ст. 68 КК). Для індивідуалізації покарання важливим є з'ясування питання про стадію вчинення злочину (ст. ст. 16, 68 КК). Інститут обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання (ст. 66 та 67 КК), також є засобом індивідуалізації покарання. Велике значення для індивідуалізації покарання має конструкція санкцій норм Особливої частини КК як альтернативних та відносно-визначених.

Говорячи про значення принципу індивідуалізації, можливо 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. 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 був скасований ухвалою колегією суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 20.05.2008 [8].

Сучасному кримінальному праву притаманне зростання ролі диспозитивних відносин у механізмі кримінально-правового регулювання (зростання ролі потерпілого, компенсація та реституція), розширення індивідуалістських, приватних 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 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 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 ... 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 ВССУ [9], 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 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 вироків на підставі угод, з огляду на те, що цей інститут є новим для кримінального судочинства, його

механізм ще не відпрацьовано 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 та М. Р. за ч. 1 ст. 119 КК 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 погодили лише потерпілі, а згода обвинувачених на їх призначення відсутня. Слід зауважити, що недотримання сторонами угоди цих вимог процесуального закону при її укладенні має слугувати 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, 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, 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 не передбачено такого виду покарання як неоподатковуваний мінімум доходів громадян, тому у вироку необхідно обов'язково зазначити 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 визначає 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 заходу кримінально-правового характеру спеціальної конфіскації. Цей інститут спрямований на посилення боротьби зі злочинністю, забезпечення невідворотності та повноти покарання за вчинений злочин. Крім того, спеціальна конфіскація є ефективним засобом у боротьбі з корупційною злочинністю. Спеціальна конфіскація уже давно передбачена Кримінальними кодексами більшості держав світу. Зокрема такий правовий інститут зустрічається у законодавстві Австрії, Білорусії, Іспанії, Швеції та ін. країн.

Від 18 лютого 2016 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації» № 1019-VIII, а, отже, відповідно до діючої редакції ст. 96-1 КК спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна у випадках, визначених цим Кодексом, за умови вчинення умисного злочину або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу, за які передбачено основне покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а так само передбаченою частиною першою статті 150, статтею 154, частинами другою і третьою статті 159-1, частиною першою статті 190, статтею 192, частиною першою статей 204, 209-1, 210, частинами першою і другою статей 212, 212-1, частиною першою статей 222, 229, 239-1, 239-2, частиною другою статті 244, частиною першою статей 248, 249, частинами першою і другою статті 300, частиною першою статей 301, 302, 310, 311, 313, 318, 319, 362, статтею 363, частиною першою 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 зазначено 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 яких 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. 69-1 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. 69 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. 27, 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 остаточно призначено покарання у виді позбавлення волі на строк три роки і три місяці, із застосуванням ст. 69-1 КК України, без конфіскації майна і коштів, одержаних злочинним шляхом, та без 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 переглядався. 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 про звільнення ОСОБА\_5 від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК України. Зазначає, що суд безпідс-

тавно 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. 69-1 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 постановивши щодо нього обвинувальний вирок, судом не вирішено питання про конфіскацію коштів або іншого майна, одержаних ним злочинним шляхом, а також конфіскацію предметів контрабанди. У вирокі суду зазначено, що суд вважає за можливе не 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 знаходження не встановлено, при визначенні його вартості можуть бути використані відомості, наявні у митних, товаросупровідних 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, призначивши ОСОБА\_5 покаран-

ня за ч. 1 ст. 209 КК України без позбавлення права займатися підприємницькою діяльністю та без конфіскації коштів, одержаних злочинним шляхом, та за ч. 1 ст. 201 КК України без конфіскації предметів контрабанди суд не мотивував своє рішення і, крім того, помилково послався на ч. 1 ст. 69 та ст. 69-1 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 розгляд [10].

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 кримінально-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 при-

тягатися уповноважена особа, яка діяла в інтересах 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 ст. 61 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 прокурором, слідчим суддею, 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 юридичною 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 на готівкові грошові кошти у зв'язку з отриманням необлікованих доходів від реалізації власної 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 правопорушення [11].

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 України [12].

Аналіз наведених законодавчих приписів дає підстави стверджувати, що провадження щодо юридичної особи здійснюється 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 має 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 відмітити певні подібні помилки у сфері призначення покарання. Вони проявляються у: 1) порушенні законодавчих меж призначення покарання; 2) у визначенні покарання у такому виді, 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 недостатньо повному врахуванні даних у справі (провадженні).

Таким чином, з одного боку, зловживанню правом властива прихована неправомірність (але у рамках кримінальна права не караність), а з іншого, – формальною 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.

### **Список використаних джерел:**

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» [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kia.court.gov.ua/sud2690/uzah/13/>.

2. Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність [електронний ресурс]. – Режим доступу: [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. – М.: 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) [електронний ресурс]. – Режим доступу: <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. – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2012. – 404 с.
6. Ухвала суду № 16055971. Кримінальна справа № 5-776км11. Єдиний державний реєстр судових рішень [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16055971>.
7. Ухвала суду № 15132850. Кримінальна справа № 5-876км11. Єдиний державний реєстр судових рішень [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15132850>.
8. Ухвала суду № 1940686. Кримінальна справа № 5-1263км08. Єдиний державний реєстр судових рішень [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1940686>.
9. Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод [електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja\\_sudovoji\\_praktiki.html](http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html).
10. Рішення № 14367371. Кримінальна справа № 5-337км11. Єдиний державний реєстр судових рішень [електронний ресурс]. – Режим доступу: <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 [електронний ресурс]. – Режим доступу: <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 [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4100043>.

### **Крецул Віктор,**

*старший викладач кафедри кримінального права*

*та інших кримінально-правових дисциплін*

*Миколаївського інституту права*

*Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ НЕПОВНОЛІТНІХ ТА ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ЇХ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

**Анотація.** В роботі на підставі розгляду чинного кримінального законодавства, зарубіжного кримінального законодавства, теоретичних понять і поглядів здійснено дослідження проблемних питань, пов'язаних з неповнолітнім як особливим суб'єктом кримінальної відповідальності. Розглянуто питання ролі і значення правового захисту неповнолітніх, об'єктивні та суб'єктивні сторони втягнення їх у злочинну та іншу антисупільну діяльність, деякі особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх. *Ключові слова:* неповнолітній, правовий захист неповнолітнього, суб'єкт кримінальної відповідальності, злочинна, антисупільна діяльність.