

УДК 343.241

Є. Ю. Самойленко, здобувач кафедри кримінального права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», м. Харків

ВПЛИВ ОБСТАВИН, ЩО ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ, НА ВИБІР ЙОГО МІРИ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ

Досліджуються кримінально-правові проблеми врахування обставин, що пом'якшують покарання, при індивідуалізації покарання в стадії його призначення. Розглянуто питання щодо обов'язковості врахування таких обставин при призначенні покарання, з'ясовано черговість їх встановлення поряд із застосуванням інших загальних засад призначення покарання, наведено їх значення для обрання конкретної міри покарання.

Ключові слова: обставини, що пом'якшують покарання, призначення покарання, вплив на вибір його міри.

Урахування обставин, що пом'якшують покарання, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 Кримінального кодексу України (далі — КК), є одним з елементів третьої загальної засади призначення покарання поряд із тяжкістю злочину, особою винного та обставинами, що обтяжують покарання. Проте у законі не зазначено, в якому порядку (в якій послідовності, черговості) і яким чином необхідно враховувати ці обставини, а визначено їх напрямком впливу при призначенні покарання — його пом'якшення. Слід зазначити, що перелік обставин, які пом'якшують покарання, у ч. 1 ст. 66 КК закріплено як невичерпний, тобто він є відкритим. Саме тому суд може визнати такими, що пом'якшують покарання, й інші обставини, які не зазначені у законі (ч. 2 ст. 66 КК). У зв'язку з цим перед кримінально-правовою наукою та практикою застосування кримінального законодавства постало питання — правом чи обов'язком суду є врахування обставин, що не передбачені в переліку, закріпленому в ч. 1 ст. 66 КК, проте визнані судом такими, що пом'якшують покарання? Крім того, невирішеним на сьогодні залишається питання — чи неодмінно тягне пом'якшення покарання наявність у справі обставин, що його пом'якшують, і якщо так — то яким чином?

1. Визначення впливу на покарання тяжкості злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання,

ставить питання про черговість їх урахування при його призначенні. У теорії кримінального права всі ці фактори пропонується брати до уваги або у тій послідовності, в якій вони вказані в законі, або від більш значимих у конкретній кримінальній справі до менш значимих, або застосовувати перший чи другий порядок залежно від ситуації¹.

У літературі відмічається, що у разі встановлення конкретної міри покарання у співвідношенні «діяння — особа» перша ланка є визначальною². Більше того, покарання призначається конкретній особі саме за вчинене суспільно небезпечне діяння. Ще Ч. Беккарія зазначав, що суворість покарання повинна залежати від тяжкості злочину³. Як справедливо стверджує Є. В. Благов, у зв'язку з тим, що покарання призначається особам, які вчинили злочин, а характеристика особи не завжди проявляється у скоєному, оцінка характеристики особи винного може лише коригувати врахування тяжкості вчиненого нею злочину. Значить, особу винного необхідно брати до уваги після оцінки ступеня тяжкості злочинного діяння⁴. Урахувавши тяжкість злочину, особу винного, суд надає правову оцінку іншим чинникам по справі, визнаючи їх обставинами, що пом'якшують або обтяжують покарання, звичайно, за наявності для цього відповідних підстав. Саме в такому порядку, на наш погляд, мають братися до уваги всі фактори при призначенні покарання особі за вчинений злочин.

На думку Л. Л. Круглікова, обставини, що пом'якшують покарання, більше впливають на покарання, ніж обставини, що характеризують тяжкість злочину та особу винного⁵. Вважаємо, що з такою категоричною позицією навряд чи можна погодитися. У конкретних умовах і тяжкість злочину, й особа винного, й обставини, що пом'якшують покарання, можуть по-різному, більшою чи мен-

¹ Ростовский В. Мотивировка назначения наказания // Сов. юстиция. – 1976. – № 23. – С. 7; Непомнящая Т. Учет судами общих начал назначения наказания // Уголовное право. – 2001. – № 3. – С. 33.

² Личность преступника и применение наказания / Б. С. Волков, Б. В. Сидоров. – Казань, 1979. – С. 39.

³ Беккария Ч. О преступлениях и наказаниях. – М., 1955. – С. 83.

⁴ Сидоров Б. В. Личность преступника в системе общих начал назначения наказания // Личность преступника и применение наказания. – Казань, 1979. – С. 41.

⁵ Кругликов Л. Л. Проблемы теории уголовного права: Избранные статьи 1982–1999 гг. – Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1999. – С. 80.

шою мірою, впливати на вибір міри покарання. Це, як правило, кількісні показники в межах однієї якості, що залежать від конкретних обставин справи. У зв'язку з цим вважаємо, що кожен із наведених чинників загальних засад призначення покарання підлягає обов'язковому врахуванню при його призначенні по кожній кримінальній справі у порядку (послідовності), який закріплений у законі (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

2. Слід зазначити, що питання про обов'язок урахування обставин, які передбачені у ч. 1 ст. 66 КК, у науковій літературі та судовій практиці не виникає, бо закон одностайно говорить про необхідність їх урахування. Так, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК суд призначає покарання, враховуючи й обставини, що його пом'якшують.

Водночас відповідно до ч. 2 ст. 66 КК при призначенні покарання *суд може* визнати такими, що його пом'якшують, й інші обставини, які не зазначені в ч. 1 ст. 66 КК. І саме в цьому аспекті дискусійним залишається питання — правом чи обов'язком суду є врахування таких обставин?

У кримінально-правовій літературі висловлюються протилежні позиції щодо обов'язку врахувати обставини, які не передбачені у КК (ст. 66), як такі, що пом'якшують покарання. Так, одні автори стверджують, що обов'язком суду є врахування лише обставин, які пом'якшують покарання та передбачені у КК. Визнання судом інших, безпосередньо не зазначених у законі обставин як таких, що пом'якшують покарання, здійснюється за його розсудом та є правом, а не обов'язком суду, тому рішення про їх урахування має бути вмотивованим¹. Інші дослідники займають протилежну позицію. Приміром, на думку Є. В. Благова, якщо певна обставина, що пом'якшує покарання, не закріплена в переліку обставин у відповідній статті кримінального закону, то її потрібно визнавати такою і неможливо не враховувати при призначенні покарання².

¹ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Гютюгін та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 353; Горелик А. С. Наказание и его значение. – Минск: Беларусь, 1978. – С. 47; Иванова А. Т. Смягчающие ответственность обстоятельства в советском уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1972. – С. 20.

² Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 324.

На наш погляд, у разі, якщо обставини, які не передбачені ст. 66 КК, суд оцінив як такі, що пом'якшують покарання, то він повинен їх урахувати. Обов'язок урахування впливає з такого: 1) при вирішенні питання про призначення покарання суд зобов'язаний встановити та надати кримінально-правову оцінку всім об'єктивним та суб'єктивним обставинам, що характеризують як вчинений злочин, так і особу винного, 2) оцінивши всі обставини справи, суд повинен їх урахувати, а оскільки перелік обставин, що пом'якшують покарання, не є вичерпним, то, на наш погляд, суд не може ігнорувати встановлені та оцінені ним обставини як такі, що пом'якшують покарання. Так, відповідно до ч. 3 ст. 323 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності. Згідно з п. 5 ч. 1 ст. 324 КПК, постановляючи вирок, суд повинен вирішити, чи є обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання, і які саме. Таким чином, незважаючи на те, що в законі (ч. 2 ст. 66 КК) використовується термін «суд може», його необхідно розглядати, на наш погляд, не як право суду враховувати чи не враховувати ту чи іншу обставину, а лише як підтвердження того, що перелік зазначених у ч. 1 ст. 66 КК не є вичерпним.

Визнання судом інших, безпосередньо не зазначених у законі обставин як таких, що пом'якшують покарання, має бути вмотивоване у вирокі. Причому ті обставини, що не зазначені в законі, але враховуються судом як такі, що пом'якшують покарання на підставі ч. 2 ст. 66 КК, повинні наводитись у вирокі чітко і конкретно, щоб не виникало жодних сумнівів щодо того, чому суд на підставі їх урахування дійшов висновку про доцільність пом'якшення особи покарання.

Звідси впливає, що спочатку суд повинен оцінити всі обставини, які мають місце у справі, а потім урахувати їх при призначенні покарання. Оцінивши всі обставини і визнавши їх (окремі з них) як такі, що пом'якшують покарання, суд зобов'язаний врахувати їх при призначенні покарання незалежно від того, чи зазначені вони у переліку, закріпленому в ч. 1 ст. 66 КК, або ні.

3. Чи неодмінно тягне пом'якшення покарання наявність у справі обставин, що його пом'якшують, і якщо так — то яким чином?

Окремі науковці, зокрема А. А. Піонтковський, М. М. Ісаєв, Г. А. Крігер, вважають, що встановлення в конкретній кримінальній справі наявності обставин, які пом'якшують покарання, не створює обов'язку суду пом'якшити його, бо суд при призначенні покарання враховує не лише ці обставини, але й обставини, що обтяжують покарання, ступінь тяжкості вчиненого злочину (характер і ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину) та особу винного¹. Із цієї позицією навряд чи можна погодитися, бо і тяжкість злочину, і особа винного, і обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання, у сукупності є однією із загальних засад призначення покарання, яку суд повинен урахувати при призначенні покарання по кожній конкретній кримінальній справі. Саме тому, враховуючи обставини, що пом'якшують покарання, суд повинен брати до уваги їх спрямованість на пом'якшення покарання. Звичайно, що остаточне покарання буде призначено з урахуванням усіх обставин (чинників, факторів) конкретної кримінальної справи.

Інші автори висловлюють думку про те, що врахування обставин, які пом'якшують покарання, ставиться в залежність від ступеня тяжкості вчиненого злочину. Зокрема, М. С. Строгович зазначав, що обставини, які пом'якшують покарання, не можуть ураховуватися при його призначенні, якщо винним вчинено тяжкий злочин². Деякі вчені стверджують, що врахування обставин, які пом'якшують покарання, є обов'язком суду в будь-якому випадку, бо принцип індивідуалізації покарання поширюється на всі злочини без винятку³. Остання позиція, на наш погляд, є більш обґрунтованою та відповідає чинному КК, бо законодавець зобов'язує суди при призначенні покарання враховувати обставини, що його пом'якшують, у будь-якому випадку, незалежно від тяжкості злочину.

¹ Кригер Г. А. Наказание и его применение. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 27–28; Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 2. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1970. – С. 335–336; Исаев М. М. Назначение, применение и отмена наказания // Сов. юстиция. – 1938. – № 17. – С. 21.

² Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в уголовном процессе. – М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1955. – С. 277–278.

³ Круликов Л. Л. Смягчающие и отягчающие ответственность обстоятельства в уголовном праве (Вопросы теории). – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1985. – С. 151; Гаверов Г. С. Общие начала назначения наказания по советскому уголовному праву: Учеб. пособие. – Иркутск: Изд-во Иркутск. ун-та, 1976. – С. 90–91; Нікіфорова Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. – Х.: Харків юридичний, 2009. – С. 98.

Більше того, у науці кримінального права було запропоновано розроблення відповідних формалізованих критеріїв урахування обставин, що пом'якшують покарання, на основі математичних методів. На думку В. І. Курляндського, такі критерії повинні містити своєрідну шкалу, яка являє собою, з одного боку, типові для цього виду злочинів критерії індивідуалізації покарання із зазначенням оцінки їх значимості в умовно прийнятій системі балів, а з другого — оцінку у відповідних балах певної одиниці міри покарання. Розділення суми балів, отриманих у результаті оцінки критеріїв, на кількість балів, в яких оцінюється одиниця міри покарання, дасть показник, який міг би бути допоміжним інструментом, що полегшить діяльність суддів при прийнятті ними рішень та сприятиме зменшенню кількості помилок при призначенні покарання¹.

Намагаючись встановити формалізований критерій урахування обставин, що пом'якшують покарання, А. А. Арямов пропонує визначити та встановити кроки «зниження репресії» шляхом поділу середнього покарання та мінімальної межі санкції на кількість можливих у такій ситуації пом'якшуючих обставин. Отримане число, на думку дослідника, повинно визначати вагу кожної доведеної у справі обставини, що пом'якшує покарання².

Л. Л. Кругликов серед усіх обставин, що пом'якшують покарання, пропонував виділяти головні (особливі) обставини і визначити міру їх впливу на призначення покарання відносно максимуму санкції статті, яка встановлює покарання за вчинений злочин. Наприклад, за наявності певних особливих обставин, що пом'якшують покарання, призначене покарання не може бути більше трьох четвертих максимального строку (розміру) покарання, передбаченого в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК³. У КК України є приклад такого підходу — призначення покарання за наявності обставин, що його пом'якшують (ст. 69¹ КК).

¹ Курляндский В. И. Уголовная политика, дифференциация и индивидуализация уголовной ответственности // Основные направления борьбы с преступностью / Под ред. И. М. Гальперина, В. И. Кудляндского. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 94.

² Арямов А. А. Методология назначения наказания по уголовному законодательству Российской Федерации. – СПб.: Юрид. Центр «Пресс», 2002. – С. 126.

³ Кругликов Л. Л. Смягчающие и отягчающие ответственность обстоятельства в уголовном праве (Вопросы теории). – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1985. – С. 140–141.

Як вірно стверджує Т. І. Нікіфорова, для того щоб визначити вплив обставин, що пом'якшують покарання, на його призначення, необхідно мати відправну позицію, щодо якої буде відбуватися призначення покарання, певний початковий пункт відліку. Такий пункт відліку має бути в межах санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, яка передбачає покарання за певний злочин¹. Початковий пункт відліку має знаходитися десь у проміжку меж санкції². Ще відомий російський учений М. С. Таганцев відзначав, що при відносно визначеній санкції «нормальним» покаранням завжди передбачається середня міра покарання, визначена в законі³. Вважаємо, що відправна позиція має дорівнювати «середньому» покаранню, передбаченому санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, яка встановлює відповідальність за вчинений особою злочин. Від цієї відправної позиції суд повинен виходити при призначенні покарання, ураховуючи обставини, що його пом'якшують, та інші загальні засади призначення покарання.

Водночас слід звернути увагу на неоднаковість можливого впливу на покарання окремих обставин, що його пом'якшують. Це можна прослідкувати за їх законодавчою регламентацією. Так, неповнолітньою є 17-річна особа й особа, яка досягла 14-річного віку; жінка може знаходитися як на першій, так і на останній стадії (триместрі) вагітності тощо. Очевидно, що вплив на призначення покарання останніх варіантів обставин, що пом'якшують покарання, має бути більш значним. Вважаємо, що більш суттєвий вплив на вибір міри покарання має здійснити вчинення злочину в силу залежності, ніж примусу, в силу фізичного примусу, ніж психічного, а також протиправність поведінки потерпілого, що була приводом до вчинення злочину, ніж її аморальність.

Конкретний вплив на вибір міри покарання відповідних обставин законодавець відобразив у статтях 69 та 69¹ КК. Так, згідно

¹ Нікіфорова Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. – Х.: Харків юридичний, 2009. – С. 106.

² Мясников О. А. Смягчающие и отягчающие обстоятельства в теории, законодательстве и судебной практике. – М.: Юрлитинформ, 2002. – С. 127–129; Благов Е. В. Применение уголовного наказания (теория и практика). – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 337.

³ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. – М.: Наука, 1994. – С. 388.

зі ст. 69¹ КК за наявності обставин, які пом'якшують покарання і передбачені пп. 1 та 2 ч. 1 ст. 66 КК, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

Аналіз впливу обставин, що пом'якшують покарання, на його призначення дає підставу стверджувати, що їх наявність за конкретною справою надає суду право, а в окремих випадках зобов'язує: 1) призначити основне чи додаткове покарання ближчим до мінімуму (найнижчої межі) санкції (частини статті) Особливої частини КК або в її мінімальних межах; 2) обрати найменш суворий вид основного покарання, якщо в санкції вони передбачені як альтернативні; 3) призначити тільки одне додаткове покарання з кількох, передбачених у санкції, або не призначати додаткове покарання, яке не передбачено в жодній санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, а призначається на підставі положень Загальної частини КК; 4) не призначити додаткове покарання, передбачене в санкції як факультативне; 5) перейти до більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції, на підставі ч. 1 ст. 69 КК; 6) не призначати обов'язкове додаткове покарання з додержанням вимог ч. 2 ст. 69 КК; 7) знизити до двох третин максимальний строк або розмір найбільш суворого виду основного покарання, передбаченого в санкції, на підставі ст. 69¹ КК.

У зв'язку з характеристикою обставин, що пом'якшують покарання, великого значення набуває *мотивування покарання* у вирокі. Із приписів ч. 2 ст. 65 КК випливає необхідність мотивування покарання, а ст. 334 КПК зобов'язує суд мотивувати у вирокі призначене покарання і вимагає, щоб були наведені підстави обрання судом його відповідної міри. Мотивування покарання має бути конкретним і відповідати принципу його індивідуалізації. Тому не можна визнати задовільним таке мотивування покарання, коли у загальній формі, без належної конкретизації суд посилається у вирокі на врахування «тяжкості вчиненого злочину або даних про особу винного»¹.

Як правильно стверджує В. І. Тютюгін, безпосередньо зазначені в законі обставини, що пом'якшують покарання, повинні на-

¹ Практика судів України з кримінальних справ (2006–2007). – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 169–176.

водитися в тих формулюваннях, які використовуються у відповідних пунктах ч. 1 ст. 66 КК, з їх конкретизацією щодо тієї справи, яка розглядається судом. Необхідність, а іноді й обов'язковість такої конкретизації пояснюється тим, що деякі обставини описуються в законі у загальній формі (наприклад, вчинення злочину неповнолітнім тощо)¹.

При мотивуванні обраної міри покарання суд може посылатися у вироку лише на ті обставини, які були предметом дослідження і підтверджені в судовому засіданні. Отже, будь-яка з обставин, що пом'якшує чи обтяжує покарання, має бути предметом розгляду і доведення в судовому засіданні і тільки за умови, якщо цю обставину було дійсно встановлено, вона може бути покладена в основу вироку і включена у мотивування призначеного судом покарання². На жаль, на сьогодні поширеною є практика, щодо якої суди лише констатують, що при призначенні покарання було враховано ступінь тяжкості злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання, зазначивши у кращому разі їх перелік.

Пленум Верховного Суду України у постанові «Про практику призначення судами кримінального покарання» № 7 від 24 жовтня 2003 року звернув увагу судів на те, що висновки з усіх питань, пов'язаних із призначенням покарання, необхідно належним чином мотивувати у вирокі (абз. 1 п. 2)³.

Слід зазначити, що у науковій літературі навіть було висловлено пропозицію щодо вирішення цього питання у КК. Так, Т. І. Нікіфорова пропонувала доповнити ст. 65 КК частиною такого змісту: «Призначення судом того чи іншого виду, строку (розміру) покарання особі, визнаній винною у вчиненні злочину, має бути належним чином мотивоване у вирокі суду»⁴. Звичайно, наведене положення ще раз звернуло би увагу суддів на необхідність мотивуван-

¹ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Гютюгін та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 355.

² Там само.

³ Про практику призначення судами кримінального покарання: Постанова Пленуму Верхов. Суду України від 24 жовт. 2003 р. № 7 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2003. – № 6. – С. 14–20.

⁴ Нікіфорова Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. – Х.: Харків юридичний, 2009. – С. 109.

ня свого рішення по конкретній кримінальній справі щодо призначення особі покарання, водночас ми не вважаємо за потрібне підтримувати таку позицію щодо внесення цих змін до КК з таких міркувань: по-перше, подібне положення дублюватиме приписи кримінально-процесуального законодавства, зокрема статті 323–335 КПК. Так, відповідно до ч. 1 ст. 323 КПК вирок суду повинен бути законним і обґрунтованим, згідно з п. 5 ч. 1 ст. 324 КПК, постановляючи вирок, суд повинен вирішити низку питань, серед яких чи є обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання, і які саме; по-друге, у такому разі відбудеться змішування предмета правового регулювання, бо кримінальне право — галузь матеріального права, що являє собою систему кримінально-правових норм, що встановлюють, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання підлягають застосуванню до осіб, що їх вчинили. Кримінально-процесуальне право — галузь процесуального права, яка регламентує порядок застосування положень кримінального законодавства. Ці дві галузі права співвідносяться між собою як зміст і форма; і по-третє, якщо зайняти таку позицію, то відповідний припис (щодо необхідності мотивування рішення по справі) потрібно буде передбачати практично у кожному інституті чи нормі (положенні) КК щодо його застосування.

Статья посвящена уголовно-правовым проблемам влияния обстоятельств, смягчающих наказание, на индивидуализацию наказания в стадии его назначения. Исследуется вопрос об обязательности учета таких обстоятельств при назначении наказания, установлена очередность их учета наряду с иными общими началами назначения наказания, определено их значение для избрания конкретной меры наказания.

The article is dedicated to the problems of influence of circumstances, emollient punishment, on individualization of punishment in the stage of his setting. A question is probed about obligatoriness of account of such circumstances at awarding punishment, the order of their account is set along with other general beginnings of awarding punishment, their value is certain for electing of concrete measure of punishment.

*Рекомендовано до опублікування на засіданні кафедри кримінального права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (протокол № 5 від 27 грудня 2011 р.).
Рецензент — кандидат юридичних наук, професор
В. І. Тютюгін.*