

УДК 343.2/.7

<https://doi.org/10.34142/23121661.2022.35.08>

orcid. org/0000-0002-9684-4210

© Коновальчик Є.О., 2022

Є. О. Коновальчик

**ІНСТИТУТ ПРИЗНАЧЕННЯ
БІЛЬШ М'ЯКОГО ПОКАРАННЯ,
НІЖ ПЕРЕДБАЧЕНО ЗАКОНОМ:
МИНУЛЕ, СЬОГОДЕННЯ, МАЙБУТНЄ**

Ye. Konovalchuk

**THE INSTITUTION OF IMPOSITION OF A
PUNISHMENT Milder THAN PROVIDED
BY LAW: PAST, PRESENT, FUTURE**

Анотація. У статті наведено історико-правовий аналіз інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Досліджено мотиви законодавця щодо включення такої норми до закону про кримінальну відповідальність. Розглянуто невнесення до проекту нового Кримінального кодексу України можливості суду призначати більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, з точки зору обмеження конституційного права особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, на індивідуалізацію кримінальної відповідальності.

Ключові слова: кримінальне право; призначення покарання; більш м'яке покарання, ніж передбачено законом; історико-правовий аналіз; проект нового Кримінального кодексу України.

Abstract. The purpose of the article is to conduct a historical and legal analysis of the formation of the institution of imposition of a punishment milder than provided by law, and to study the motives of the legislator to include of such norm in the law on criminal liability. The issue of the non-inclusion to the draft of the new Criminal Code of Ukraine the possibility of a court to impose a milder punishment will also be considered.

According to the results of the study it was established that the formation of the institution of milder punishment than provided by law was based on the legislator's awareness of the practical need to ensure that the court takes into account when choosing the type and size of punishment all individual circumstances of a particular case and subjective qualities of the offender. The non-inclusion in the draft of the new Criminal Code of Ukraine of the possibility to impose a milder punishment than provided by law from the viewpoint of limiting the constitutional right of a person who committed a criminal offense to individualization of criminal responsibility are considered. The specified point of view of the author of this article is based on the considered decisions of the Constitutional Court of Ukraine. The opinion on the need to ensure the inclusion of the institution of imposition of a punishment milder than provided by law in the draft of the new Criminal Code of Ukraine was put forward.

Key words: criminal law; imposition of punishment; punishment milder than prescribed by law; draft of the new Criminal Code of Ukraine.

Постановка проблеми. Інститут призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, є одним з дієвих засобів реалізації принципу індивідуалізації покарання. Застосування його норм за наявності підстав на це дозволяє суду в рамках дискреційних повноважень призначити таке покарання, яке буде справедливо співвідноситися з тяжкістю та обставинами вчиненого кримінального правопорушення й особою винного.

Зазначений інститут має глибоке історичне та змістовне підґрунтя. Можливість суду призначати покарання, нижче нижчої межі, передбаченої санкцією конкретної статті, була визначена Кримінальними кодексами УРСР 1922, 1927 і 1960 років. Як зазначав М. І. Бажанов, така норма широко застосовувалася на практиці та підтверджувала свою ефективність, внаслідок чого зберігалася та уточнювалася законодавцем [1, с. 128].

У чинному Кримінальному кодексі України (далі КК України) (ст. 69) [8] міститься норма, за якою суд за наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та знижують ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, та з огляду на особу винного може призначити більш м'яке покарання, ніж передбачене законом.

Водночас до проекту нового Кримінального кодексу України, відповідно до його тексту станом на 12 грудня 2021 року [10], інститут призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, не внесено.

Зважаючи на довготривалий досвід нормативного закріплення можливості суду у виключних випадках при призначенні покарання вийти за межі санкції статті та обрати більш м'який його вид або розмір і застосування такої норми судами на практиці, питання відсутності в проекті нового КК України інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, потребує окремої уваги.

Аналіз останніх досліджень. Історичні та змістовні засади формування інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, а також окремих факторів, які були підставою для пом'якшення судом покарання, досліджувались багатьма вченими, зокрема М. І. Бажановим [1], М. І. Качан [5], П. П. Михайленком [2], Н. Д. Сергіївським [17], Л. М. Федорак [18], П. Л. Фрісом [19], С. І. Штамом [21] та іншими.

Більшість з цих науковців визначали доцільність законодавчого закріплення можливості суду щодо пом'якшення покарання в разі наявності виключних обставин через неможливість їх передбачення у формалізованих правових нормах. Водночас деякі з них, наприклад Л. М. Федорак [18, с. 36], порушували питання щодо неврегульованості самого порядку пом'якшення покарання та обсягу суддівського розсуду під час його застосування.

Проте питання повного виключення дискреційних повноважень суду щодо призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, у зазначених дослідженнях не порушувалося. Саме це в світлі невнесення до проекту нового КК України зазначеного правового інституту, незважаючи на тривалий досвід його використання судами, й обумовило вибір теми цієї статті.

Формулювання мети статті (постановка завдання). Відповідно до вищезазначеного актуальним є історико-правовий аналіз формування інституту призначення більш м'якого покарання, дослідження мотивів законодавця щодо внесення такої норми до закону про кримінальну відповідальність та розгляд питання невнесення до проекту нового КК України можливості суду призначати більш м'яке покарання.

Виклад основного матеріалу дослідження з новим обґрунтуванням отриманих наукових результатів. У правозастосовній діяльності поступово формувалося усвідомлення, що під час скоєння протиправного діяння в конкретних окремих випадках можуть мати місце такі виключні обставини або особу винного можуть характеризувати такі індивідуальні риси, що потребують особливої уваги та врахування в процесі призначення покарання.

Виникало розуміння, що все різноманіття життєвих обставин, за яких вчиняються протиправні діяння, неможливо передбачити в законі, де є можливість лише формально визначити найбільш типові склади правопорушень.

Наслідком цього було поступове закріплення законодавцем у нормативно-правових актах переліку обставин, за наявності яких призначалося менш суворе покарання, ніж за їх відсутності.

Так, вже в XIII–XV ст. ст. у передмові до нормативного акта «Закон судний людям» було закріплено перелік індивідуальних характеристик особи правопорушника, які були підставою для пом'якшення виду та розміру покарання або взагалі звільнення від нього [4]. Таким чином, можна зазначити, що саме з цього документа бере свій початок інститут обставин, що пом'якшують покарання [18, с. 27].

Нормами Судебника 1497 року було передбачено, що суд з огляду на обставини конкретного правопорушення міг вибрати покарання, передбачене однією з альтернативних санкцій [21]. Це вже вказує на наділення суду дискреційними повноваженнями щодо призначення більш м'якого покарання.

Прийнятими пізніше Литовськими статутами 1529, 1566, 1588 рр. була закріплена можливість зменшення покарання за наявності визначених обставин. Вони розглядалися з порівняння: так, відкритість та зухвалість нападу вважались менш аморальними, ніж таємний та підступний вчинок, а отже, каралися менш суворим покаранням [3, с. 234].

У період козацької держави суд мав можливість пом'якшити покарання з огляду на судовий прецедент, норми звичаєвого права та на підставі громадської думки [19, с. 111–112].

Перелік обставин, які пом'якшують покарання, окремо було прописано в Кримінальному уложенні Російської імперії (1813 р.) [17, с. 24].

У подальшому покарання призначалося на підставі Зводу законів Російської імперії. У цьому акті було закріплено обставини, наявність яких зменшувала провину та розмір покарання. Як недолік запропонованого підходу Л. М. Федорак зазначає неврегульованість порядку пом'якшення покарання та великий обсяг суддівського розсуду [18, с. 36]. Проте, на думку М. І. Качан,

саме з цих норм Зводу започатковано інститут призначення більш м'якого покарання [5, с. 17].

З 26 жовтня 1920 року суди наділялися правом у виключних випадках пом'якшувати покарання відповідно до Постанови Ради Народних Комісарів «Про народний суд» [2, с. 201].

У Кримінальному кодексі УРСР від 23 серпня 1922 року в статті 25 містився перелік обставин, що були протилежними за своїм змістом та бралися до уваги під час призначення покарання. З огляду на них суд мав повноваження пом'якшити покарання чи, навпаки, призначити більш суворе. Також зазначеним Кримінальним кодексом було передбачено обов'язкове зменшення призначеного неповнолітнім покарання на встановлений розмір (на половину або третину від найвищої межі санкції конкретної статті залежно від віку винного), що є певною формою реалізації інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом [20, с. 185–187].

Відповідно до дискреційних повноважень, якими були наділено суди, відповідно до Кримінального кодексу УРСР 1922 року та КК УРСР 1927 року, за наявності виняткових обставин суд мав можливість призначити покарання, нижче ніж межа санкції, передбачена відповідною статтею КК, або призначити інший більш м'який вид покарання, який взагалі не зазначений в санкції статті [1, с. 127–128].

Кримінальним кодексом УРСР 1960 року в статті 44 задля індивідуалізації покарання вперше було передбачено необхідність врахування особи винного. У разі наявності виняткових обставин справи та беручи до уваги суб'єктивні властивості особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, суд міг призначити більш м'який вид чи менший розмір покарання [9].

2001 року було прийнято новий Кримінальний кодекс України [8]. На підставі ст. 69 зазначеного КК України суд має можливість призначити більш м'яке покарання, ніж передбачене законом.

Підставами для застосування вказаної статті є одночасне врахування двох умов:

- 1) наявність обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення,
- 2) особа винного.

З моменту прийняття КК України у 2001 р. ст. 69 дозволяла призначити більш м'яке покарання за особливо тяжкі, тяжкі злочини та злочини середньої тяжкості. Застосування ж цієї норми в разі вчинення злочинів невеликої тяжкості виключалося.

Проте Конституційний Суд України ухвалив рішення від 02 листопада 2004 року №15-рп/2004 щодо відповідності Конституції України положення ст. 69 КК України, де було зазначено про відносну неконституційність положення цієї статті в частині, що унеможливує призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості. Конституційним Судом України було визначено, що справедливе застосування

норм права полягає насамперед у недискримінаційному підході. Також було зазначено, що «не маючи можливості призначити більш м'яке покарання, суд не зможе належно індивідуалізувати таке покарання й забезпечити його справедливість» [13]. На підставі цього рішення до закону про кримінальну відповідальність було внесено зміни, внаслідок яких застосування ст. 69 КК України не залежить від тяжкості вчиненого протиправного діяння.

Однак встановлено інше обмеження застосування інституту більш м'якого покарання, ніж визначено законом, а саме за об'єктом протиправного діяння. Забороняється пом'якшення покарання на підставі ст. 69 КК України за корупційні кримінальні правопорушення та кримінальні правопорушення, які пов'язані з корупцією.

Застосування статті 69 КК України дає суду можливість вибору одного з трьох основних варіантів призначення більш м'якого покарання [11]:

- 1) призначити основне покарання, яке є нижчим від найнижчої межі, що встановлена санкцією статті (частини статті);
- 2) перейти до іншого більш м'якого виду покарання, яке не зазначено в санкції статті (частини статті); 3) не призначити додаткове покарання, яке передбачене санкцією статті (частини статті).

Нині робочою групою з розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи, утвореної згідно з Указом Президента України №584/2019 від 07 серпня 2019 року здійснюється активна робота щодо розроблення проекту нового КК України [10].

Аналізуючи текст зазначеного проекту в редакції станом на 12 грудня 2021 року [10], можна стверджувати, що дискреційні повноваження щодо можливості суду на свій розсуд призначити більш м'яке покарання, ніж передбачене законом, пропонується обмежити через впровадження формалізованих конструкцій застосування обставин, що пом'якшують покарання, та зниження ступеня тяжкості злочину.

Як зазначено в проекті нового КК України, інститут призначення більш м'якого покарання, який було розроблено та впроваджено законодавцем саме через усвідомлення наявності в конкретних кримінальних правопорушеннях деяких виняткових обставин, що мають бути враховані під час призначення покарання, та який довів свою ефективність через послідовне його вміщення до КК УРСР 1922 року, КК УРСР 1927 року, КК УРСР 1960 року та КК України 2001 року, пропонується не задіювати [10].

Тому постає таке питання – чи обмежує такий підхід права підсудного, зокрема його право на справедливий суд, що закріплене у ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, та принцип індивідуалізації юридичної відповідальності, закріплений ч. 2 ст. 61 Конституції України?

Відповідно до ч. 3 ст. 22 Конституції України при прийнятті нових законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

Згідно з абзацом 5 6 пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005, звуженням

обсягу прав і свобод є зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод [14].

В абзаці 4 підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 зазначено, що «скасування конституційних прав і свобод – це їхня офіційна (юридична або фактична) ліквідація. Звуження змісту прав і свобод є їхнім обмеженням» [15].

Як зазначено в абзаці 10 підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 18 травня 2018 року № 5-р/2018 у справі №1-4/2018 положення ч. 3 ст. 22 Конституції України, при прийнятті ухвалення нових законів «не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до їх порушення» [16].

Відповідно до ч. 2 ст. 61 Конституції України юридична відповідальність особи має індивідуальний характер.

Принцип індивідуалізації кримінальної відповідальності закріплено ст. 65 КК України [8]. Так, в ч. 1 ст. 65 даного кодексу зазначено, що суд призначає покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Особі, яка вчинила кримінальне правопорушення, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових кримінальних правопорушень.

З огляду на те, що застосування ст. 69 КК України дає змогу в конкретних випадках з урахуванням виключних обставин вчиненого правопорушення індивідуалізувати вид та розмір покарання, відсутність у проекті нового КК України інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачене законом, можна розглядати як обмеження конституційного права особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, на індивідуалізацію кримінальної відповідальності.

Викладені положення дозволяють зробити висновок, що проект нового КК України в частині принципів призначення покарання не відповідає Конституції України.

Також відсутність у проекті нового КК України інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачене законом, є обмеженням такої засади організації судової влади, як право на справедливий суд. Частиною 1 ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що «кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом» [12].

Конституційний Суд України у Рішенні від 02 листопада 2004 року №15-рп/2004 у абзаці 5 підпункту 4.1 пункту 4 зазначив, що окремим виявом справедливості є питання відповідності покарання вчиненому кримінальному правопорушенню. Тому покарання має перебувати у справедливому співвідношенні з тяжкістю та обставинами вчиненого протиправного діяння та особою

винного. Адекватність покарання ступеня тяжкості кримінального правопорушення впливає з принципу правової держави, із суті конституційних прав та свобод людини і громадянина, які не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України [13].

Негативними наслідками прийняття проекту нового КК за відсутності можливості суду у виняткових випадках вийти за межі санкції статті (частини статті) та призначити більш м'яке покарання, ніж передбачене законом, може бути винесення несправедливих вироків, призначення покарання, яке не буде відповідати принципу справедливості.

Висновки. За результатами здійсненого історико-правового аналізу можна стверджувати, що формування інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, базувалося на усвідомленні законодавцем практичної необхідності забезпечення можливості суду врахувати при обранні виду і розміру покарання усіх індивідуальних обставин конкретної справи та суб'єктивних якостей особи винного та призначити покарання відповідно до цих факторів.

У формалізованих нормах Кримінального кодексу неможливо передбачити всі варіації життєвих ситуацій та виключні обставини конкретних правопорушень. Тому для забезпечення максимальної індивідуалізації покарання законодавець включає до закону про кримінальну відповідальність відносно-визначені та альтернативні санкції. Проте й вони не завжди можуть створити умови для обрання виду та розміру покарання, яке буде справедливим та достатнім для винного.

З огляду на вищезазначене можна стверджувати, що інститут призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, забезпечує можливість враховувати при обранні виду та розміру покарання всі індивідуальні обставини вчиненого правопорушення та унікальні риси особи винного та ефективно реалізовувати право на справедливий суд в частині призначення покарання, що справедливо відповідає тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, і принцип індивідуалізації покарання.

Чинна редакція ст. 69 КК України відповідає позитивному національному досвіду застосування норм про пом'якшення покарання на суддівський розсуд за наявності підстав для цього.

Відсутність інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, у проекті нового КК України у разі його прийняття може призвести до винесення несправедливих вироків, покарання за якими буде занадто суровим для винної особи за конкретних обставин вчиненого правопорушення.

Також ненадання суду можливості в виключних обставинах вийти за межі покарання, встановленого за санкцією статті (частини статті), у проекті нового КК України можна розглядати як обмеження конституційного права особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, на індивідуалізацію кримінальної відповідальності.

Тому, на нашу думку, необхідно забезпечити закріплення та функціонування цього правового інституту в проєкті нового закону про кримінальну відповідальність.

У своїх висновках авторка не претендує на вичерпне висвітлення досліджуваної проблеми. Питання невнесення до проєкту нового КК України інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, потребує подальших досліджень.

Література

1. Бажанов М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву: монография. Киев: Головное издательство издательского объединения «Вища школа», 1980. 216 с.;
2. Михайленко П. П. Борьба с преступностью в Украинской ССР: в 2 т. Киев: Высш. Школа, 1966. Т. 1. 1917–1925 гг. 831 с.;
3. Демченко Г. В. Наказание по Литовскому статуту в его трех редакциях (1529, 1566 и 1588 гг.). Киев: Типография Императорского университета им. Св. Владимира, 1894. Часть 1. 273 с.;
4. Закон судный людям пространной и свободной редакции / под ред. М. И. Тихомирова. Москва: Из-во Акад. наук СССР, 1961. 286 с.;
5. Качан М. И. Обстоятельства, смягчающие наказание, в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Ставропольский государственный университет. Ростов-на-Дону, 2005. 199 с.;
6. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 24.12.2021);
7. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 1996, № 30 Ст. 141.;
8. Кримінальний Кодекс України: Закон України від 05 квітня 2001 року. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2001. № 25–26. Ст. 131.;
9. Кримінальний Кодекс України: Закон Української РСР від 28 грудня 1960 року. *Ведомости Верховного Совета УССР*. 1961. № 2. Ст. 14.;
10. Кримінальний кодекс України: проєкт / Робоча група з питань розвитку кримінального права. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/12/13/kontrolnyj-proekt-kk-12-12-2021.pdf> (дата звернення: 26.12.2021);
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Вид. 11-те, перероблене та доповнене / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2019. 1384 с.;
12. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02 червня 2016 року. № 1402-VII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2016. № 31. Ст. 545.;
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02 листопада 2004 року № 15-рп/2004 (справа № 1-33/2004). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> (дата звернення: 25.12.2021);
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та офіційного тлумачення частини третьої статті 11 Закону України «Про статус суддів» (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 (справа № 1-21/2005). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-05#Text> (дата звернення: 25.12.2021);
15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92 пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від

22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 (справа № 1-17/2005). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text> (дата звернення: 25.12.2021); **16.** Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України від 28 грудня 2014 року № 76-VIII», від 18 травня 2018 року № 5-р/2018 у справі №1-4/2018 (справа № 1-4/2018 (2792/15)). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18#Text> (дата звернення: 25.12.2021); **17.** Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Часть общая: пособие к лекциям. 6-е изд. Санкт-Петербург: Тип. М. М. Сталюсевича, 1905. 375 с.; **18.** Федорак Л. М. Призначення покарання за наявності обставин, що його пом'якшують: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2010. 251 с.; **19.** Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Національна академія внутрішніх справ України. Київ, 2005. 440 с.; **20.** Хрестоматія з історії держави і права України: навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. закл. Освіти: у 2 т. / за ред. В. Д. Гончаренка. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. Т. 2. 728 с.; **21.** Штамм С. И. Судебник 1497 года: учеб. пособие по истории государства и права СССР. Москва: Госюриздат, 1955. 112 с.