Олександр ДУДОРОВ,
професор кафедри кримінального права Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, член науково-консультативної ради при Верховному Суді України, член науково-консультативної ради Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України

СПЕЦІАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Призначення покарання, як різновид (етап) застосування кримінального законодавства і реалізації кримінальної відповідальності потребує належної правової регламентації з тим, щоб злочинці несли за вчинене заслужене покарання, а відповідна діяльність суду була за можливістю позбавлена суб'єктивізму і не перетворювалась на свавілля. Призначення незаконних і несправедливих покарань не лише ускладнює або унеможливлює досягнення вказаних у ч. 2 ст. 50 Кримінального кодексу (КК) України цілей покарання, а і підриває авторитет правосуддя, призводить до скасування або зміни вироків, порушує права та свободи людини. Реалізація норм про призначення покарання обґрунтовано визнається квінтесенцією судового процесу і вироку, кульмінаційним моментом розгляду кримінальної справи в суді, однією з найбільш складних і відповідальних проблем правозастосування, найвідповідальнішим етапом у боротьбі зі злочинністю. За результатами розгляду кримінальної справи і внаслідок покарання, призначеного судом, формується громадська думка про правосуддя[1]. Помилки, які трапляються при призначенні покарання, разом з іншими чинниками послаблюють боротьбу зі злочинністю, дискредитують правоохоронну і судову діяльність, всю державну владу[2].

Найбільш вагомим внеском у розроблення проблематики призначення покарання стали праці, зокрема, таких українських науковців, як В. Антипов, В. Білоконєв, О. Євдокимова, Т. Іванюк (Никифорова), Н. Марченко, А. Музика, О. Горох, В. Полтавець, Ю. Пономаренко, Т. Сахарук, Н. Сторчак, В. Тютюгін, І. Федорчук, С. Шапченко.

[1] *Музика А.А., Горох О.П.* Покарання за незаконний обіг наркотиків: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 19.

[2] *Дядькин Д.С.* Теоретико-методологические основы назначения уголовного наказания: Автореф. дисс. … д-ра юрид. наук. – М., 2009. – С. 3.

Важливою складовою інституту призначення покарання є спеціальні засади призначення покарання, які, на відміну від закріплених у ст. 65 КК України загальних засад, підлягають застосуванню не в кожному випадку призначення покарання, а тільки у визначених кримінальним законом ситуаціях. Такі правила доповнюють (розвивають) загальні засади призначення покарання, застосовуються в сукупності з останніми і при цьому покликані забезпечувати індивідуалізацію покарання залежно від специфіки злочинної або посткримінальної поведінки чи особливостей особи винного.

До спеціальних засад належать правила: призначення покарання особі, визнаній обмежено осудною (ч. 2 ст. 20 КК); призначення покарання особі, яка вчинила злочин під час виконання спеціального завдання з попередження або розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 43 КК); призначення покарання особі, яка вчинила незакінчений злочин або злочин у співучасті (ст. 68 КК); призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК); призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69-1 КК); призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків (ст.ст. 70, 71 КК); призначення покарання неповнолітньому (ст. 103 КК).

На думку В. Полтавець, закріплені у ст. 69 КК правила не слід відносити до спеціальних засад призначення покарання, оскільки вони не відображають особливостей певного кримінально-правового інституту, пов'язаних з його меншою або більшою суспільною небезпекою. «Ця стаття встановлює лише винятки з загальної засади, передбаченої в п. 1 ч. 1 ст. 65 КК»[1]. Запропоноване вище розуміння спеціальних засад призначення покарання дозволяє вважати такими засадами, зокрема, правила, закріплені у ст. 69 КК. Крім цього, ст. 70 і ст. 71 КК також є винятками із загальної засади, згідно з якою покарання має призначатись у межах, встановлених у санкції норми Особливої частини КК, що не перешкоджає В. Полтавець відносити правила призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків до спеціальних засад призначення покарання.

До пов'язаних із спеціальними засадами призначення покарання питань, які є дискусійними у нашій юридичній літературі, варто віднести, зокрема, питання про: характер впливу стану обмеженої осудності особи на призначення покарання; обґрунтованість того варіанту формалізації призначення покарання за незакінчений злочин, який знайшов відображення у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, і можливість застосування цих законодавчих положень щодо додаткових покарань, а так само щодо злочинів, за які може призначатись довічне позбавлення волі, злочинів, вчинених неповнолітніми, і злочинів з усіченим складом; співвідношення законодавчих положень про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, та призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання; можливість застосування ст. 69 КК щодо альтер-

[1] *Полтавець В.В.* Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 188–189.

нативних санкцій, а ст. 69-1 КК – за наявності факультативних обтяжуючих обставин і хоча б однієї відповідної пом'якшуючої обставини; максимальні межі покарання, що призначається за сукупністю незакінчених злочинів; обрання того чи іншого принципу призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів. Висвітленню проблемних аспектів тлумачення і застосування спеціальних засад призначення покарання і присвячено цю статтю.

Призначення покарання особі, визнаній обмежено осудною. Альтернатива «осудність – неосудність», закріплена у КК України 1960 р., призводила до того, що особи з психічними розладами, які не охоплюються медичним критерієм неосудності (тяжкі форми психопатій, розумова відсталість, хворобливі потяги, розлади особистості і поведінки у зрілому віці тощо), в аспекті кримінальної відповідальності несправедливо прирівнювались до психічно здорових осіб. Закріплення категорії обмеженої осудності на законодавчому рівні сприяє диференціації ознак окремих психічних розладів, більш точному діагнозу суміжних психічних станів людини, поліпшенню взаємодії юристів, психологів і психіатрів у виробленні індивідуального підходу до оцінки злочину, вчиненого осудним суб'єктом із психічними аномаліями. Вважається, що відсутність у раніше чинному КК поняття обмеженої осудності не дозволяла повною мірою здійснювати індивідуалізацію покарання, тоді як кількість відповідних розладів психічної діяльності в сучасному суспільстві внаслідок напруженості і невизначеності повсякденного життя постійно зростає. Зазначивши у ч. 2 ст. 20 чинного КК про те, що визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання, законодавець не уточнює характер впливу стану обмеженої осудності на обрання конкретної міри покарання і, таким чином, віддає вирішення цього питання на розсуд суду.

Передусім зазначу, що покарання, яке призначається обмежено осудному, за інших рівних умов не може бути більш суворим, ніж покарання, яке призначається психічно здоровій особі. За жодних обставин обмежена осудність не може бути витлумачена як обставина, яка обтяжує покарання. Це випливає з ч. 3 ст. 67 КК, відповідно до якої суд при призначенні покарання не може визнати такою, що обтяжує покарання, обставину, не зазначену в ч. 1 цієї статті. Існують, щоправда, психічні аномалії, які свідчать не про понижену, а навпаки, про підвищену суспільну небезпеку особи (наприклад, різноманітні сексуальні перверзії – педофілія, корофілія, некрофілія тощо), які не схвалюються суспільством та які вказують на доречність більш ретельного контролю за своєю поведінкою з боку такого незвичного суб'єкта. Показовою у зв'язку з цим є пропозиція С. Мілюкова уточнити у КК РФ, що психічний розлад, який не виключає осудності, залежно від впливу на характер і ступінь суспільної небезпеки вчиненого та особи винного може враховуватись як обставина, що пом'якшує або обтяжує покарання[1]. Щоправда, така пропозиція може заслуговувати на схвалення лише за умови відповідного уточнення ст. 63 КК РФ, яка закріплює вичерпний перелік обставин, що обтяжують покарання.

[1] *Милюков С.Ф.* Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. – СПб.: СПбИВЭСЭП, Знание, 2000. – С. 57.

За чинним КК України стан обмеженої осудності, за якого особа під час вчинення злочину через наявний у неї психічний розлад не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними, може бути врахований при призначенні покарання або як обставина, що характеризує особу винного (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК), або як обставина, що пом'якшує покарання. Незважаючи на відсутність вказівки на обмежену осудність у наведеному у ч. 1 ст. 66 КК переліку, суд на підставі ч. 2 цієї статті вправі визнати пом'якшуючою покарання обставиною, зокрема, стан обмеженої осудності особи. На користь цього вказує те, що у ч. 1 ст. 66 КК фігурують деякі обставини, пов'язані з аномальністю психіки винної особи (стан вагітності, стан сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого). В абз. 2 п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування» правильною названо практику тих судів, які, визнавши, що злочин вчинено в стані обмеженої осудності, ухвалювали обвинувальний вирок і при призначенні особі покарання враховували її психічний стан саме як пом'якшуючу покарання обставину.

Судячи з ч. 2 ст. 20 КК, яка насправді виключає будь-яку імперативність з питання про кримінально-правові наслідки обмеженої осудності, цей стан при призначенні покарання самодостатнього значення не має і повинен враховуватись судом в сукупності з іншими обставинами, які характеризують вчинений злочин та особу винного. При цьому необхідно встановлювати наявність і характер впливу стану обмеженої осудності особи на вчинений нею злочин. Справа в тому, що психічні розлади, які утворюють медичний критерій обмеженої осудності, можуть бути юридично нейтральними у тому сенсі, що не справляють впливу на суспільну небезпеку конкретного злочину, у зв'язку з чим пом'якшення покарання особам із такими розладами на підставі ч. 2 ст. 20 КК буде несправедливим і необґрунтованим. Так, недоречно вести мову про пом'якшення покарання психопату збудженого кола, поведінці якого взагалі притаманні конфліктність, дратівливість і підвищена агресивність, якщо така особа вчинила добре спланований злочин (наприклад, крадіжку чужого майна з проникненням у житло). Патологія статевого потягу, знижуючи інтелектуально-вольові здібності винного, звичайно, може вплинути на суспільну небезпеку вчиненого злочину проти здоров'я чи статевої свободи особи, однак навряд чи повинна братись до уваги при обранні міри покарання за вчинений таким аномальним суб'єктом злочин у сфері службової діяльності тощо. Як повідомляє В. Бурдін, окремі суди, призначаючи покарання обмежено осудним, визнають, що стан обмеженої осудності має нейтральне значення і на обрання конкретної міри покарання не впливає[1].

[1] *Бурдін В.М.* Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – С. 286–287.

З огляду на викладене важко погодитись із позицією тих вітчизняних авторів, які наполягають на обов'язковості пом'якшення покарання, що призначається обмежено осудним особам[1], і водночас слід підтримати тих науковців, які обстоюють положення про факультативність пом'якшення покарання у розглядуваній ситуації[2].

Вплив стану обмеженої осудності на покарання, яке призначається особі з відповідним психічним розладом, у КК України варто конкретизувати. Для цього у ч. 2 ст. 20 КК замість позбавленого визначеності положення про врахування обмеженої осудності при призначенні покарання необхідно закріпити право суду пом'якшувати покарання обмежено осудній особі за умови встановлення впливу відповідного психічного розладу на вчинений злочин. У будь-якому разі призначення покарання за наявності обмеженої осудності не слід пов'язувати із вживанням особою алкоголю, наркотичних та інших одурманюючих речовин, оскільки з юридичної точки зору у випадку вчинення злочину у стані сп'яніння особа не може розраховувати на визнання її обмежено осудною.

Призначення покарання особі, яка вчинила злочин при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності. Судячи зі ст. 43 і п. 9 ч. 1 ст. 66 КК, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації (далі – виконання спеціального завдання) є обставиною, яка, по-перше, виключає злочинність діяння, і, по-друге, пом'якшує покарання.

З одного боку, ч. 2 ст. 43 КК виправдано виходить з того, що інтереси боротьби з організованою злочинністю не можуть слугувати виправданням посягань на життя інших людей, спричинення тяжких наслідків для їх здоров'я, адже людина, її життя і здоров'я визнаються найвищою соціальною цінністю (ст. 4 Конституції України). З іншого боку, законодавчу регламентацію виконання спеціального завдання як обставини, що виключає злочинність діяння, є підстави визнати певною мірою непослідовною. Якщо з урахуванням ч. 4 ст. 28 КК злочинна організація створюється з метою вчинення саме і тільки тяжких та особливо тяжких злочинів, то цілком очевидно, що особа, яка виконує спеціальне завдання із викриття такої організації, вимушена буде вчиняти злочини вказаної тяжкості. Звідси випливає неминучість призначення цій собі покарання, хай і пом'якшеного. Щоправда, при оцінці правомірності шкоди, заподіяної під час виконання спеціального завдання, не виключається звернення до законодавчих положень про інші обставини, що виключають злочинність діяння, у тому числі про необхідну оборону і крайню необхідність.

---

[1] *Зайцев О.В.* Обмежена осудність у кримінальному праві України: Монографія. – Харків: Майдан, 2007. – С. 154–172; *Лень В.В.* Науково-практичний коментар статей IV, XIV розділів Загальної частини Кримінального кодексу України – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2010. – С. 15.

[2] *Бурдін В.М.* Вказ. праця. – С. 291–295; *Музика А.А., Горох О.П.* Вказ. праця. – С. 142–143; *Приходько Т.М.* Проблема обмеженої осудності в кримінальному праві: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – К., 2001. – С. 1, 4, 5, 11, 13, 15, 16.

Розглядуване пом'якшення покарання здійснюється у тому разі, коли має місце перевищення меж (ексцес) виконання спеціального завдання, що дістає вияв у вчиненні відповідного умисного злочину – особливо тяжкого злочину, поєднаного з насильством над потерпілим (наприклад, ст. 112, ст. 113, ст. 115, ч. 3 і ч. 4 ст. 152, ч. 3 і ч. 4 ст. 187 КК), або тяжкого злочину, пов'язаного із спричиненням потерпілому тяжкого тілесного ушкодження або настанням інших тяжких чи особливо тяжких наслідків (зокрема, ст. 121, ч. 2 ст. 127, ч. 3 ст. 146, ч. 3 ст. 206 КК). Якщо з дотриманням умов правомірності виконання спеціального завдання вчиняється діяння, яке з зовнішнього боку нагадує злочин, не зазначений у ч. 2 ст. 43 КК (наприклад, особливо тяжкий злочин, не поєднаний з насильством над потерпілим, або будь-який необережний злочин), кримінальна відповідальність особи виключається. Як наслідок – про пом'якшення покарання за поведінку, яка законодавцем не визнається кримінально караною, говорити не доводиться.

Таким чином, належність закріплених у чинному КК України правил призначення покарання особам, які виконують спеціальні завдання, до спеціальних засад призначення покарання зумовлена як обмеженням кола злочинів, за вчинення яких у цьому разі призначається покарання, так і необхідністю встановлення переважної більшості умов правомірності заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам при виконанні спеціального завдання.

Згідно з п. 9 ч. 1 ст. 66 КК до обставин, які пом'якшують покарання, віднесено виконання спеціального завдання, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених КК. В юридичній літературі зазвичай вказується на те, що п. 9 ч. 1 ст. 66 КК кореспондує приписам, закріпленим у ст. 43 КК. Специфіка обставини, передбаченої п. 9 ч. 1 ст. 66 КК, порівняно з іншими обставинами, які пом'якшують покарання, вбачається у тому, що її наявність тягне фіксовані кримінально-правові наслідки у вигляді обмеження максимальної міри покарання. Відповідно до ч. 3 ст. 43 КК особа, яка перевищила межі виконання спеціального завдання і вчинила відповідний злочин, не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у вигляді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк, більший ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин.

Законодавець у ч. 3 ст. 43 КК не визначає мінімальну межу покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, звідки, на мою думку, випливає, що суд, призначаючи покарання за ексцес виконання спеціального завдання, не вправі виходити за мінімальну межу, встановлену відповідною санкцією. У будь-якому разі, обираючи конкретну міру покарання, «суд не повинен повторно враховувати передбачену в п. 9 ч. 1 ст. 66 обставину як таку, що пом'якшує покарання»[1].

[1] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. *С.С. Яценко*. – К.: А.С.К., 2005. – С. 136.

Взагалі за наявності ч. 3 ст. 43 КК, яка фіксує певні межі караності злочину, вчиненого при виконанні спеціального завдання, справжньої потреби у виокремленні обставини, закріпленої наразі у п. 9 ч. 1 ст. 66 КК, немає. Її існування не було б позбавлене логіки, якби перевищення меж виконання спеціального завдання тягло кримінальну відповідальність і в інших, крім зазначених у ч. 2 ст. 43 КК України, випадках. Тому заслуговує на підтримку пропозиція виключити з ч. 1 ст. 66 КК п. 9[1].

Натомість С. Пархоменко висловлюється за те, щоб включити до КК РФ статтю про заподіяння шкоди при виконанні спеціального завдання як окрему обставину, що виключає злочинність діяння (змістовно новела значною мірою нагадує ст. 43 КК України), і, крім того, зазначити у переліку обставин, що пом'якшують покарання (ст. 61 КК РФ), про вчинення злочину при порушенні умов правомірності виконання спеціального завдання[2]. Фактично російська авторка пропонує відтворити нелогічність, допущену вітчизняним законодавцем.

Правило, закріплене у ч. 3 ст. 43 КК України, за своєю юридичною природою стосується призначення покарання, у зв'язку з чим місце йому в розділі XI Загальної частини КК. А в ст. 43 КК, яка регламентує виконання спеціального завдання як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння, достатньо обмежитись відповідною відсильною нормою.

Призначення покарання особі, яка вчинила незакінчений злочин. Особливості призначення покарання за незакінчений злочин закріплені у ст. 68 КК України. Згідно з ч. 1 цієї статті при призначенні покарання за незакінчений злочин суд, крім передбачених ст.ст. 65–67 КК загальних засад призначення покарання, повинен враховувати ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. Частини 2 і 3 ст. 68 чинного КК, конкретизуючи вплив названих чинників на обрання міри покарання та обмежуючи певною мірою суддівський розсуд, покладають на суд обов'язок знижувати максимальне покарання за незакінчений злочин. Встановлено, що за готування до злочину та замах на нього строк або розмір покарання не може перевищувати, відповідно, половини і двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Як бачимо, законодавець врешті-решт відмовився від принципу однакової караності закінченого і незакінченого злочинів.

Необхідність додаткового врахування ступеня тяжкості вчиненого діяння при призначенні покарання за незакінчений злочин зумовлена тим, що

[1] *Нікіфорова Т.І.* Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. – Харків: Харків юридичний, 2009. – С. 94–95; *Яремко Г.З.* Співвідношення обставин, які пом'якшують покарання, та привілеюючих ознак складів злочинів / Теоретичні і прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 590–591.

[2] *Пархоменко С.* Причинение вреда при выполнении специального задания // Законность. – 2004. – № 4. – С. 40–41.

суспільна небезпека такого злочину навіть у межах одного його виду може істотно відрізнятись залежно від того, чи спричинено фактично шкоду охоронюваним КК правовідносинам, а також від характеру і розміру цієї шкоди. Так, в результаті замаху на вбивство потерпілому можуть бути заподіяні тілесні ушкодження – від легких до тяжких, а може статися так, що він залишиться неушкодженим; особа, яка має намір вчинити крадіжку в особливо великих розмірах, може не встигнути здійснити таємне заволодіння чужим майном на будь-яку суму, а може викрасти майно лише у дрібних чи великих розмірах тощо. Фактичне заподіяння шкоди та її параметри, не впливаючи у названих і подібних випадках на кваліфікацію готування до злочину або замаху на нього, повинні братись до уваги при призначенні покарання як показники ступеня тяжкості вчиненого незакінченого злочину. Отже, вказівку у ч. 1 ст. 68 КК на ступінь тяжкості вчиненого особою діяння немає підстав визнавати надмірною. До речі, ст. 14 КК УСРР 1922 р. прямо передбачала право суду враховувати при призначенні покарання за замах на злочин відсутність або незначність шкідливих наслідків цього замаху. Вказане право пов'язувалось у тогочасній юридичній літературі із пом'якшенням покарання за замах на злочин[1]. Разом з тим термінологічна відмінність, допущена у п. 3 ч. 1 ст. 65 і ч. 1 ст. 68 чинного КК, є невиправданою. Тому заслуговує на підтримку пропозиція Н. Маслак замінити у ч. 1 ст. 68 КК формулювання «ступінь тяжкості вчиненого особою діяння» зворотом «ступінь тяжкості злочину, до якого особа готувалася, або на вчинення якого вона замахувалася»[2].

Ступінь здійснення злочинного наміру як ще один додатковий чинник, який підлягає врахуванню при призначенні покарання за незакінчений злочин, як слушно зазначає С. Шапченко, «відображає співвідношення фактично вчиненого особою діяння із змістом чи (та) обсягом всіх діянь, яку вона мала намір здійснити для вчинення відповідного закінченого злочину»[3]. Йдеться про з'ясування і, відповідно, врахування, зокрема, того, вчинила особа готування до злочину чи замах на нього, який вид замаху (закінчений або незакінчений) мав місце, яку кількість та які за змістом підготовчі діяння вчинила особа, умисно створюючи умови для вчинення злочину, якої кількості та яких саме ознак складу конкретного злочину бракує у випадку вчинення того чи іншого замаху.

Причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, – це, як відомо, різноманітні обставини об'єктивного і суб'єктивного характеру, які, однак, не залежать від волі винного. Цікаво, що у літературі саме у контексті призначення покарання за незакінчений злочин висувається пропозиція закріпити у кримінальному законі хоча б приблизний перелік таких обста-

---

[1] Уголовный кодекс советских республик. Текст и постатейный комментарий / Под ред. *С. Канарского*. – 2-е изд. – К.: Гос. изд-во Украины, 1925. – С. 47, 50.

[2] *Маслак Н.В.* Кримінальна відповідальність за готування до злочину: Дис. … канд. юрид. наук. – Харків, 2005. – С. 143–169, 196–197.

[3] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. *С.С. Яценко*. – К.: А.С.К., 2005. – С. 142.

вин[1]. Врахування відповідних причин при призначенні покарання за незакінчений злочин дозволяє суду зробити висновок про більшу або меншу (як, наприклад, за непридатного замаху) суспільну небезпеку вчиненого діяння або особи винного. Чим більша кількість обставин у конкретному випадку зумовила недоведення злочину до кінця, тим, вочевидь, більш суворе покарання має призначатись за незакінчений злочин. Оскільки готуванню та замаху завжди притаманна вимушеність недоведення злочину до кінця, теза про обов'язковість пом'якшення покарання за наявності відповідних обставин суб'єктивного характеру (або, інакше кажучи, особистісних обставин на кшталт відсутності у злочинця певних навичок) видається небезспірною.

За всієї аксіоматичності тези про те, що незакінчений злочин поступається за суспільною небезпекою закінченому злочину, а отже, повинен каратись менш суворо, не можна говорити, що запровадження у законодавчому порядку положення про обов'язковість (а не факультативність, як раніше) пом'якшення покарання за незакінчений злочин дістало однозначне схвалення в юридичній літературі. Інколи стверджується, що такий підхід законодавця, який не враховує ані тяжкості вчиненого злочину (а це може бути і замах на вбивство за обтяжуючих обставин із надзвичайно тяжкими для потерпілого наслідками), ані причин, завдяки яким злочин не було доведено до кінця, надзвичайно спрощує і певним чином навіть необґрунтовано формалізує вирішення питання про обрання міри покарання тому, хто вчинив незакінчений злочин[2]. Думка не нова: свого часу на те, що вимога обов'язкового пом'якшення покарання за незакінчений злочин інколи суперечить максимальній індивідуалізації покарання залежно від тяжкості злочину та особи винного, вказував І. Тишкевич. Вчений писав, що необхідність такої індивідуалізації може вимагати у деяких виняткових випадках призначення за незакінчений злочин такого самого покарання, як і за закінчений злочин[3]. Здійснена у 2008 р. зміна меж караності незакінченого злочину, справді, не позбавлена вад, однак їх усунення зовсім не обов'язково має набувати вигляду повернення до права суду пом'якшувати покарання за незакінчений злочин (хай навіть і в межах, визначених у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК).

При визначенні верхньої межі покарання за відповідний незакінчений злочин у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК України зазначається строк і розмір тільки найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією норми Особливої частини КК. Таким чином, якщо санкція норми КК є альтернативною, інші зазначені у ній покарання можуть призначатись судом за готування до злочину або замах на нього формально без будь-яких обмежень з урахуванням, щоправда,

---

[1] Уголовное право России: Общая часть: Учебн. / Под ред. *Н.М. Кропачева*, *Б.В. Волженкина*, *В.В. Орехова*. – СПб.: Издательский Дом СПб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та СПб. гос. ун-та, 2006. – С. 797.

[2] *Тишкевич И.С.* Приготовление и покушение по уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 63.

[3] *Тютюгін В.І., Ус О.В.* Призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті / Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук. пр. / Редкол.: *В.І. Борисов та ін*. – Харків: Право, 2010. – Вип. 19. – С. 40; *Таційй В.* Десять років Кримінальному кодексу України: здобутки і проблеми застосування // Право України. – 2011. – № 9. – С. 11; *Горностай А.В.* Кримінальна відповідальність за замах на злочин: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – С. 12.

тих чинників, які закріплені у ч. 1 ст. 68 КК і стисло охарактеризовані вище. Займає таку позицію і Пленум Верховного Суду України – про це йдеться у п. 6-3 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (далі – постанова Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7). Однак якщо вже рухатись шляхом обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання за незакінчений злочин, то логічним було б запровадити положення про обов'язкове кратне зниження верхньої межі будь-якого основного покарання, передбаченого альтернативною санкцією, у випадку призначення покарання за готування чи замах. Певним орієнтиром тут могла б слугувати ст. 62 КК Іспанії, згідно з якою замах на злочин карається нижче на 1 або 2 ступені, ніж передбачено за вчинення цього злочину, з урахуванням небезпеки правопорушника, спрямованості умислу і ступеня завершеності діяння.

З огляду на те, що передбачений санкцією найбільш суворий вид покарання може не підлягати застосуванню щодо конкретної особи, яка вчинила незакінчений злочин, у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК повинно було б йтися про максимальний строк чи розмір найбільш суворого виду покарання, яке може бути призначене винному.

В результаті виконання правил, закріплених у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, нерідко виникає досить парадоксальна ситуація, за якої максимальний строк або розмір найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією норми Особливої частини КК, дорівнює або навіть є меншим, ніж мінімальна межа, встановлена для цього покарання тією чи іншою санкцією. Наприклад, у разі призначення покарання за готування до грабежу, передбаченого ч. 2 ст. 186 КК, максимальний строк покарання становить 3 роки позбавлення волі, в той час як мінімальна межа цього покарання, визначена санкцією названої норми, дорівнює 4 рокам позбавлення волі.

Зазначений вихід за межі санкцій конкретних норм Особливої частини КК посилання на ст. 69 КК («Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом») не потребує, оскільки у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК встановлені самостійні правила призначення покарання, які мають імперативний характер. У будь-якому разі максимальний строк або розмір найбільш суворого покарання, що призначається за незакінчений злочин, не може бути меншим за мінімальну межу, встановлену для відповідного виду покарання Загальною частиною КК. «…Інше рішення суперечило б як загальним засадам призначення покарання (п. 2 ч. 1 ст. 65 КК), так і нормам, що встановлюють мінімальні межі видів покарань (статті 53, 55–63 КК)»[1]. Отже, у випадку застосування ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК призначення покарання може поєднуватись із виходом за межі, встановлені санкцією норми Особливої частини КК, що можна розцінювати як черговий виняток із загальної засади призначення покарання, зазначеної у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК.

Якщо максимальний строк позбавлення волі удвічі перевищує мінімальний строк цього покарання і в санкції не передбачено інших основних по-

[1] *Тютюгін В.І., Ус О.В.* Вказ. праця. – С. 44.

карань, дотримання ч. 2 ст. 68 КК призводить до того, що санкція з відносно визначеної фактично перетворюється на абсолютно визначену. Так, за замах на грабіж, відповідальність за який передбачена ч. 2 ст. 186 КК, винному має призначатись покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 4 до 4 років. Не викликає сумнівів, що подібні правові ситуації, зумовлені неузгодженістю ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК із санкціями норм Особливої частини КК, не мають нічого спільного з індивідуалізацією покарання, нівелюють значення загальних засад призначення покарання. Водночас проведене М. Хавронюком дослідження показало, що особливих проблем не виникає із призначенням за готування до злочину і замах на нього покарання у вигляді виправних робіт, арешту, обмеження волі, службового обмеження для військовослужбовців, тримання в дисциплінарному батальйоні, а також громадських робіт для дорослих засуджених[1]. Усунення зазначених вище парадоксальних ситуацій можливе або шляхом вдосконалення санкцій («підлаштування» їх під правила призначення покарання, закріплені у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК), або шляхом включення у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК положення про відповідне кратне зниження не лише максимального, а й мінімального строку чи розміру принаймні найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією.

Із ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК випливає, що ці законодавчі положення застосовуються лише щодо тих покарань, які можуть мати строк (позбавлення волі на певний строк, виправні роботи тощо) або розмір (наприклад, штраф). Ані довічне позбавлення волі, ані позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу не мають визначених законодавцем меж, мають безстроковий (невизначений за строком і розміром) характер, що унеможливлює встановлення судом величини, яка дорівнює половині або двом третинам максимальних строків (розмірів) цих покарань. М. Хавронюк іронізує: «На загадку про те, як більш-менш точно поділити навпіл довічне позбавлення волі, існує лише одна правильна відповідь: кожні 24 години випускати засудженого на волю і кожні 24 години знову поміщувати його до в'язниці»[2].

Отже, якщо санкція норми КК як найбільш суворий вид покарання передбачає довічне позбавлення волі, закріплені у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК правила застосовуватись не можуть. У зв'язку з цим важко погодитись із твердженням про те, що законодавець не дає відповіді на питання, як має призначатись покарання за готування до злочину або замах на нього, якщо найбільш суворим видом покарання є довічне позбавлення волі[3]. Законодавець відповідь дає, і вже інша справа, чи влаштовує нас ця відповідь.

---

[1] *Хавронюк М.* Покарання за готування до злочину і замах на злочин: парадокси національного Кримінального кодексу, особливо у порівнянні з іноземними // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 109.

[2] Там само. – С. 110.

[3] *Красницький І.В., Щутяк Л.С.* До питання ефективності кримінально-правової політики у сфері диференціації відповідальності за незакінчений злочин / Правова політика Української держави: матер. міжнар. наук.-практ. конф., присвяченої 70-річчю Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, 19–20 лютого 2010 року. – Т. 2. – Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. – С. 127–129.

В літературі з цього приводу висловлено думку про те, що при призначенні покарання за готування чи замах на злочин, за який передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі, найбільш суворим видом покарання, про який згадується у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, слід вважати позбавлення волі на певний строк[1]. Наведена позиція, незважаючи на її привабливість, не ґрунтується на чинному КК, адже формально у розглядуваній ситуації найбільш суворим видом покарання все ж є таке, що не має меж, довічне позбавлення волі, а не позбавлення волі на певний строк. Та обставина, що суди фактично не призначають довічне позбавлення волі за готування та замах на злочини, передбачені ст. 112, ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 258, ст. 348, ст. 379, ст. 400, ч. 4 ст. 404, ч. 2 ст. 438, ч. 2 ст. 439, ч. 1 ст. 442, ст. 443 КК, слугує хіба що аргументом на користь внесення змін до КК, однак навряд чи може братись до уваги при його тлумаченні. Сьогодні в Україні за замах на умисне вбивство за обтяжуючих обставин та інші відповідні незакінчені злочини суд теоретично може призначити і довічне позбавлення волі.

Для порівняння: ст. 63.4 КК Азербайджану, ч. 4 ст. 65 КК Вірменії, ч. 4 ст. 56 КК Грузії, ч. 4 ст. 56 КК Казахстану, ч. 4 ст. 81 КК Молдови, ч. 4 ст. 66 КК РФ містять пряму заборону призначати довічне позбавлення волі за незакінчений злочин. Водночас кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн (наприклад, ст. 54, ст. 58 КК Болгарії, ст. 38 КК Польщі) передбачає, що при призначенні покарання за незакінчений злочин довічне позбавлення волі підлягає заміні на позбавлення волі на певний строк. Подібне положення варто закріпити і в нашому КК. Так, Л. Щутяк пропонує включити у ст. 68 КК України норму, згідно з якою у випадку, якщо санкція статті (частини статті) Особливої частини КК передбачає довічне позбавлення волі, строк позбавлення волі за замах на злочин, передбачений цією статтею (частиною статті), не повинен перевищувати 25 років[2].

Висловлю припущення, що український законодавець у 2008 р. цілком усвідомлено висловився не за обов'язковість, а за факультативність пом'якшення покарання за готування і замах, якщо відповідний закінчений злочин належить до числа особливо тяжких і за його вчинення передбачається можливість призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Право держави визначати, хто із порушників кримінально-правових заборон вправі розраховувати на гуманне ставлення і в чому таке ставлення полягатиме.

---

[1] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. *М.І. Мельника*, *М.І. Хавронюка*. – 7-ме вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 172; *Ковтун Н.Я.* Проблеми застосування довічного позбавлення волі за незакінчений злочин / 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матер. міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / Редкол.: *В.Я. Тацій* (голов. ред.), *В.І. Борисов* (заст. голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2011. – С. 253–255; *Щутяк Л.С.* Невирішені проблеми відповідальності за замах на злочин за кримінальним правом України // Митна справа. – 2011. – № 2 (Ч. 2). – С. 346.

[2] *Щутяк Л.С.* Кримінальна відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 13.

Вельми показовою в цьому контексті є позиція В. Малкова. Дослідник пропонує доповнити ст. 66 КК РФ застереженням про те, що у випадку замаху на вбивство, який спричинив особливо тяжку шкоду для здоров'я потерпілого, має призначатись таке саме покарання, як за закінчене вбивство. Необхідність цього застереження пояснюється тим, що обов'язкове пом'якшення покарання за вказаний замах не відповідатиме суспільній небезпеці вчиненого, внаслідок чого людина виведена зі сфери соціального життя як член суспільства, буде несправедливим з точки зору потерпілого, його близьких і суспільства[1].

З огляду на сказане, заслуговує на підтримку позиція Пленуму Верховного Суду України, який в абз. 2 п. 6-1 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 роз'яснив, що правила, закріплені у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, не можуть бути застосовані до того, хто вчинив злочин, за який довічне позбавлення волі передбачено як найбільш суворий вид покарання. Адже цей вид покарання є таким, що виключає можливість визначення його половини чи двох третин. Разом з тим Пленум, доречно використавши системне тлумачення закону, зробив обґрунтований висновок про те, що до осіб, яким не може бути призначене довічне позбавлення волі (перелік таких осіб закріплений у ч. 2 ст. 64 КК), вимоги ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК мають застосовуватись, виходячи з максимального покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк.

Якщо законодавець вважає доречним зменшувати максимальну межу основного покарання, що призначається за незакінчений злочин, то такий підхід, очевидно, міг би бути поширений і на додаткові покарання. Сьогодні ні КК, ні Пленум Верховного Суду України у своїх постановах не дають чіткої відповіді на питання, чи підлягає відповідному зниженню (разом з основним покаранням) максимальний строк (розмір) додаткового покарання, що призначається за готування до злочину або замах на нього. З одного боку, у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК не уточнено, найбільш суворий вид якого саме (основного чи додаткового) покарання тут мається на увазі. З іншого боку, місце додаткових покарань, які мають розмір чи строк (це штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю), у визначеній ст. 51 КК України «драбині» покарань фактично унеможливлює визнання їх найбільш суворим видом покарання, передбаченого нормою Особливої частини КК. Отже, з точки зору чинного КК України положення про обов'язкове зниження максимальної межі стосується лише найбільш суворого основного покарання і не береться до уваги при призначенні додаткового покарання за незакінчений злочин.

Частина 2 і ч. 3 ст. 68 КК не містять застережень щодо призначення покарання за злочини з усіченим складом. В юридичній літературі інколи стверджується, що закріплене у ч. 2 ст. 68 КК правило не застосовується щодо діянь, які за своїм загальним кримінально-правовим змістом є підготовчими, однак у статтях Особливої частини КК визначені як ознаки складів закінчених злочи-

[1] Энциклопедия уголовного права. – Т. 9. Назначение наказания. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2008. – С. 504–505.

нів (наприклад, ч. 1 ст. 109, ч. 1 ст. 255 КК)[1]. Тут доречно нагадати, що у проекті постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 8 «Про внесення змін та доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» зазначалось, що у тому випадку, коли диспозицією статті (частини статті) Особливої частини КК передбачено відповідальність за замах на злочин (маються на увазі, зокрема, ст.ст. 348, 379, 400, 443 КК), покарання за вчинене призначається без урахування ч. 3 ст. 68 КК. Однак у текст ухваленої остаточно постанови наведене роз'яснення, на жаль, не потрапило.

Викладена вище позиція слушно ґрунтується на тому, що одним із призначень злочину з усіченим складом як специфічної законодавчої конструкції є виключення пом'якшення покарання за кримінально карані посягання, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою. Водночас зрозуміло, що формулювання ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК не враховують особливостей злочинів з усіченим складом, а тому потребують відповідного уточнення.

При призначенні покарання за незакінчений злочин, вчинений неповнолітнім, повинні братись до уваги положення розділу XV Загальної частини КК України. Виокремивши цей розділ, законодавець у такий спосіб, зокрема, дав зрозуміти, що покарання неповнолітнім завжди має призначатись з урахуванням певних особливостей. Щодо призначення покарання за готування до злочину чи замах на нього, то врахування особливостей кримінальної відповідальності неповнолітніх полягає в тому, що, застосовуючи положення ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, треба виходити із максимальних строків або розмірів покарань, встановлених не санкціями відповідних норм Особливої частини КК, а ст.ст. 99–102 КК. Останні, як відомо, закріплюють знижені максимальні межі конкретних видів покарань. Виправданість такого «подвійного» пом'якшення покарання пояснюється тим, що в аналізованій ситуації спостерігається поєднання різнопланових чинників – менша суспільна небезпека незакінченого злочину та викликана психологічною і соціальною незрілістю правопорушника потреба у більш виваженому, гуманному ставленні до нього.

Системний аналіз положень Загальної частини КК дозволяє зробити висновок про те, що за наявності підстав для одночасного застосування спеціальних правил призначення покарання, передбачених ч. 3 ст. 43, ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, половину або дві третини від максимального строку найбільш суворого виду покарання слід обраховувати, виходячи з половини максимального строку покарання у вигляді позбавлення волі, передбаченого за злочин, вчинений при виконанні спеціального завдання. Наприклад, покарання за замах на умисне тяжке тілесне ушкодження як за ексцес виконання спеціального завдання не може бути більшим ніж дві третини від 4 років позбавлення волі – половини максимального строку цього покарання, передбаченого санкцією ч. 1 ст. 121 КК.

---

[1] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 1 / За заг. ред. *П.П. Андрушка*, *В.Г. Гончаренка*, *Є.В. Фесенка*. – 3-е вид., переробл. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 192–193.

Викладена позиція є результатом доктринального тлумачення КК, якому не відома ієрархія норм про зниження покарання за наявності підстав для одночасного їх застосування. При цьому у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК закріплюється «прив'язка» до максимального покарання, передбаченого саме санкцією статті (частини статті) КК, а не до якогось іншого показника (у тому числі до згаданої у ч. 3 ст. 43 КК половини максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за певний злочин). Це дозоляє К. Задої стверджувати, що розглядувана ситуація є підставою для вибору однієї з 2 правових норм – ч. 2 (ч. 3) ст. 68 або ч. 3 ст. 43 КК, а не для їх одночасного застосування[1].

Правила, відображені у ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК, підлягають застосуванню при призначенні покарання за одиничний незакінчений злочин і, звичайно, не виключають звернення до вказаних у ст. 70 КК правил призначення покарання за сукупністю злочинів, у тому числі незакінчених злочинів. Якщо в сукупність злочинів входить і закінчений злочин, остаточне покарання відповідно до ч. 2 ст. 70 КК, за загальним правилом, має призначатись у межах, визначених санкцією норми Особливої частини КК, яка передбачає покарання за відповідний закінчений злочин.

Окремі вітчизняні науковці звертають увагу на те, що ч. 2 ст. 70 КК України не містить застережень щодо строку покарання, остаточно визначеного шляхом складання покарань за сукупністю незакінчених злочинів. Звідси робиться висновок, що якщо особа вчинила кілька незакінчених злочинів, остаточне покарання, призначене за їх сукупністю шляхом складання, має визначатись у межах, встановлених санкцією норми Особливої частини КК[2].

На мою думку, якщо має місце сукупність саме і тільки незакінчених злочинів, при обранні міри покарання повинен братись до уваги визначений з урахуванням ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК максимальний строк чи розмір найбільш суворого виду покарання, передбаченого за найбільш тяжкий із вчинених незакінчених злочинів. До речі, подібним чином вирішується ця проблема у судовій практиці РФ[3]. Бажано внести ясність з цього аспекту призначення покарання на законодавчому рівні.

(Продовження – у наступному числі)

[1] *Задоя К.П.* Проблема вибору кримінально-правової норми: її зміст та прояви: наукова брошура. – К., 2010. – С. 7–8.

[2] *Тютюгін В.І., Ус О.В.* Вказ. праця. – С. 44.

[3] *Степашин В.М.* Специальные правила назначения наказания и мер уголовно-правового воздействия: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. – С. 137.