



А.С. Макаренко,
аспірант кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

Summary

The author of the article studies reasons for judicial discretion when imposing punishment, proves that they should be analyzed in consideration of the general principles of imposing punishment. She also separates the following frame units of judicial discretion when imposing punishment: penal sanctions prescribed by the Criminal Code of Ukraine, enabling norms, juridical terms and notions, punishment distinction

Теоретичні аспекти здійснення суддівського розсуду при призначенні покарання

Зростання зацікавленості проблемою суддівського розсуду останнім часом пов'язане з системною кризою у механізмі кримінально-правового регулювання, зниженням ефективності існуючих кримінально-правових заходів у протидії злочинності, необхідністю упорядкування процесів караності діянь. Те, що до нині комплексні дослідження проблеми суддівського розсуду у вітчизняній науці кримінального права не проводились, на нашу думку, частково пояснюється тим, що суддівський розсуд — це явище складне, що має об'єктивно-суб'єктивну природу, адже воно є об'єктивним, підтвердженим рішеннями, що виносяться у справі, та пов'язане з необхідністю здійснення правосуддя як такого, з функціонуванням у державі судової складової державної влади.

Суддівський розсуд також явище суб'єктивне, безпосередньо пов'язане з особистістю судді як уповноваженої на вирішення справ особи, з його правосвідомістю, правовою культурою, вмінням, кваліфікацією, соціальною та правовою позицією тощо. Передбачити вміння кожного судді на правильне, справедливе та неупереджене вирішення справи при достатньо широких його повноваженнях неможливо. Тому необхідною є розробка концепції оптимального співвідношення обов'язків правозастосувача відповідно до законодавства із мірою свободи вибору заходів кримінально-правового впливу.

Підстави суддівського розсуду потребують окремого висвітлення, оскільки особливістю етапу призначення покарання є те, що він пов'язаний із необхідністю винесення підсумкового рішення у справі і не пов'язаний із вирішенням фактичної та юридичної основ справи

На нашу думку, суддівський розсуд — це правозастосовна інтелектуально-вольова діяльність судді, що представляє собою передбачену кримінальним законом міру свободи вибору одного з варіантів рішення у кримінальній справі. Для вирішення проблеми суддівського розсуду необхідно з'ясувати питання про підстави такого розсуду при призначенні покарання як нормативної основи його здійснення. У працях вітчизняних та російських учених (Канцір В.С., Рарог А.І., Грачова Ю.В.) досліджуються питання підстав суддівського розсуду у кримінальному праві. Метою цієї статті є визначення підстав суддівського розсуду саме при призначенні покарання, що є значно вужчим дослідженням.

Слово «підстава» означає причину, достатній привід, який виправдовує дію, вчинок, явище¹. Всі існуючі спроби вчених пострадянського простору знайти підстави суддівського розсуду у кримінальному праві зводяться до того, що ними є: уповноважуючі норми, оціночні поняття, всі види санкцій, використовуваних у Кримінальному кодексі України (далі — КК)².

Щодо призначення покарання, на наш погляд, підстави суддівського розсуду потребують окремого висвітлення, оскільки особливістю етапу призначення покарання є те, що він пов'язаний із необхідністю винесення підсумкового рішення у справі й не пов'язаний із вирішенням фактичної та юридичної основ справи. У цьому вузькому аспекті ми й досліджуватимемо підстави суддівського розсуду.

Абсолютно-визначеною є санкція, що встановлює лише одну міру покарання, передбачаючи при цьому його вид і розмір. За таких видів санкцій можливість суддівського розсуду виключається. Абсолютно-невизначені санкції — це санкції, в яких не вказують ні виду, ні розміру покарання. Такі санкції надають занадто широкий простір суддівській сваволі, оскільки визначення виду і розміру покарання повністю віддане на розсуд правозастосувача

Аналізуючи інститут призначення покарання в Україні та існуючий механізм призначення індивідуалізованої міри кримінального правового впливу, робимо висновок, що питання про підстави суддівського розсуду потрібно досліджувати із врахуванням загальних засад призначення покарання, передбачених ст. 65 КК, адже останні є загальнообов'язковими до врахування правилами у кожному конкретному випадку призначення покарання винній особі.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 65 КК суд призначає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Тобто у цьому аспекті підставою суддівського розсуду є кримінально-правова санкція.

Щодо чинного КК це відносно-визначені (ч. 2 ст. 189) та альтернативні санкції (ч. 1 ст. 206). У теорії кримінального права відносно-визначеною називають санкцію, яка встановлює межі покарання. Такі санкції бувають двох видів: з мінімумом і максимумом покарання (на строк «від» і «до»), з максимумом покарання (на строк «до»). «В такій системі немає місця суддівському свавіллю, однак суду надається достатньо широкий простір»³. Альтернативною є санкція, в якій зазначені

не один, а два і більше видів покарання⁴. Теорії кримінального права також відомі абсолютно-визначені санкції (наприклад, «Руська правда») та абсолютно-невизначені (наприклад, «Соборне уложення 1649 року»). Абсолютно-визначеною є санкція, що встановлює лише одну міру покарання, передбачаючи при цьому його вид і розмір. За таких видів санкцій можливість суддівського розсуду виключається. Абсолютно-невизначені санкції — це санкції, в яких не вказують ні виду, ні розміру покарання. Такі санкції надають занадто широкий простір суддівській сваволі, оскільки визначення виду і розміру покарання повністю віддане на розсуд правозастосувача. Аналіз чотирьох видів санкцій свідчить, що вплив конструкцій санкцій кримінально-правових норм на вибір тієї

чи іншої міри покарання безсумнівний. Ще М.Д. Шаргородський зазначив, що питання побудови диспозицій і санкцій у кримінальному законодавстві безпосередньо пов'язане з питанням про межі суддівського розсуду. Він виявив цікаву закономірність: чим ширша диспозиція (тобто більш узагальнений характер носить опис ознак складу злочину), а також рамки санкції, тим ширші й межі суддівського розсуду, і навпаки. «У той же час, — справедливо стверджує вчений, — слід мати на увазі, що між формою диспозиції і формою санкції існує безпосередній діалектичний взаємозв'язок, який полягає у тому, що широкі диспозиції вимагають і широких рамок відносно-визначених санкцій, і навпаки, абсолютно-визначені санкції застосовуються тільки при вузьких рамках диспозицій. Абсолютно-визначені санкції вимагають надзвичайної деталізації складів, що неприпустимо для вітчизняного права. Широкі рамки відносно-визначених санкцій логічно пов'язані з широкими диспозиціями, які охоплюють різноманітні діяння. Вони позбавляють точності й визначеності, шкодять стабільності закону, здатні знівелювати в окремих випадках лінію кримінальної політики і можуть позбавити можливості правильно аналізувати злочинність»⁵.

У теорії кримінального права продовжується дискусія про доцільність включення до КК абсолютно-визначених санкцій. Так, Л.Л. Кругликов пише про необхідність введення у кримінальний закон абсолютно-визначених санкцій, щоправда не одиничних, а альтернативних⁶. А.А. Нечепу-

¹ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Відп. ред. В.Т. Бусел. — Київ—Ірпінь, 2005. — С. 675.

² Див.: Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 3. — 22 с.; Рарог А.И., Грачева Ю.В. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве // Государство и право. — 2001. — № 11. — С. 90 — 98.

³ Фойницкий И.Я. Уголовное право. Учение о наказании : лекции. — СПб., 1886. — С. 67. (Тут і далі переклад автора).

⁴ Див.: Курс советского уголовного права : В 5 т. / Отв. ред. Беляев Н.А., Шаргородский М.Д. — Ленинград, 1968. — Т. 1. — С. 82.

⁵ Шаргородский М.Д. Уголовный закон // Избранные труды по уголовному праву / Сост. и предисл. Б.В. Волженкин. — СПб., 2003. — С. 96.

⁶ Див.: Кругликов Л.Л. Правовые средства обеспечения справедливости наказания в процессе его индивидуализации: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1985. — С. 13.

ренко пропонує переглянути санкції за злочини, по можливості скоротити розрив між мінімальними і максимальними розмірами покарання у межах однієї санкції, передбачити у кожній санкції тільки один вид покарання, а надалі й взагалі перейти до абсолютно-визначених санкцій. Проте цю пропозицію він вносить із застереженням: запроваджувати абсолютно-визначені санкції немає сенсу без концептуального переосмислення всіх кримінально-правових інститутів⁷. Перехід до абсолютно-визначених санкцій, на нашу думку, призведе до порушення таких принципів кримінального права, як диференціація кримінальної відповідальності та індивідуалізація покарання. Через це з ученим можна погодитися лише у тому, що подібні зміни можливі лише внаслідок концептуального переосмислення всього механізму кримінально-правового регулювання.

Вирішення проблеми зменшення суддівського розсуду при призначенні покарання вбачається у можливості скорочення широти діапазону санкцій статей саме з «прив'язкою» їх до категорій злочинів. Щодо категоризації злочинів, то закріплення категоризації злочинів у ст. 12 КК слід визнати досягненням нового кримінального закону

Існує проблема, що стосується можливих меж відносно-визначених санкцій. Як свідчить аналіз КК 2001 р., різниця між верхньою і нижньою межею санкції може бути великою. Наприклад, ч. 3 ст. 414 КК передбачає покарання у виді позбавлення волі строком від 3 до 12 років. Як зазначає А.М. Ігнатов, надто великий розрив між верхньою і нижньою межею санкції створює простір для прояву суб'єктивізму і не сприяє єдності судової практики у боротьбі зі злочинністю⁸. Такої думки дотримується і Г.Т. Ткешеліадзе, котрий вважає, що при широких рамках покарання «ускладнюється проведення єдиної кримінальної політики»⁹.

У теорії кримінального права немає єдиної позитивної оцінки побудови санкцій як із широким, так і з вузьким діапазоном між мінімальними і максимальними межами. Зазначена проблема пов'язана з таким поняттям як законодавча техніка, що, як зазначають А.І. Рарог і Ю.В. Грачова, є сукупністю прийомів (засобів) викладення норм права¹⁰. Ці вчені вказують,

що санкція — це такий прийом законодавчої техніки як юридична конструкція, яка є одним із засобів обмеження суддівського розсуду при призначенні покарання. До юридичних конструкцій належить, зокрема, і диспозиція. Однак вид диспозиції не може бути підставою суддівського розсуду, навпаки, будь-який вид санкції, передбаченої КК, хоч і в різних межах, надає судді можливість розсуду.

Ми вважаємо, що вирішення проблеми зменшення суддівського розсуду при призначенні покарання вбачається у можливості скорочення широти діапазону санкцій статей саме з «прив'язкою» їх до категорій злочинів. Щодо категоризації злочинів, то закріплення категоризації злочинів у ст. 12 КК слід визнати досягненням нового кримінального закону. Техніко-юридична побудова санкцій Особливої частини КК повинна поєднуватися з категоризацією злочинів залежно від ступеня тяжкості, на

чому неодноразово наголошувалося в юридичній літературі. Варто зазначити, що перші кроки законодавець у цьому напрямі вже зробив. Так, Законом від 15 квітня 2008 р. № 270–VI «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації

кримінальної відповідальності» значно знижені як верхні, так і нижні межі санкцій у бік скорочення широти їх діапазону, і справді саме з «прив'язкою» їх до категорій злочинів.

Наприклад, у ч. 2 ст. 317 КК строк позбавлення волі від 5 до 12 років замінено позбавленням волі від 4 до 8 років. Сподіваємось, що подальша законотворча діяльність у цьому напрямі триватиме.

При застосуванні терміну «дискреційні норми» увага акцентується на певній свободі вибору правозастосувача у межах, установлених законом. Називаючи ці норми «ситуаційними», підкреслюємо, що така «свобода» носить обмежений характер і багато в чому зумовлюється конкретною ситуацією. Тому норми, про які йдеться, варто називати подвійним терміном як «дискреційні» (ситуаційні)

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 65 КК суд призначає покарання відповідно до положень Загальної частини КК. На цьому етапі правозастосування підставою суддівського розсуду, на нашу думку, є уповноважуючі норми. Так, за визначенням М.С. Поройко, до уповноважуючих норм належать такі кримінально-правові норми, які є організованими у відповідній структурі й вираженими у формі кримінального закону правилами, що надають суб'єктам-адресатам право вибору передбачених варіантів виконання приписів законодавця відповідно до установленого законом порядку в різних сферах застосування

⁷ Див.: Нечепуренко А.А. Неотвратимость наказания как принцип уголовного права: Учебное пособие. — Омск, 1996. — С. 77.

⁸ Див.: Ігнатов А.Н. Совершенствование уголовных санкций как средство повышения эффективности исполнения наказания в виде лишения свободы // Комплексная разработка проблем исполнения наказания: Сб. науч. тр. — № 50. — 1979. — С. 54.

⁹ Див.: Ткешеліадзе Г.Т. Судебная практика и уголовный закон: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1981. — С. 42.

¹⁰ Див.: Рарог А.И., Грачева Ю.В. Законодательная техника как средство ограничения судебного усмотрения // Государство и право. — 2002. — № 11. — С. 93—100.

цих норм КК¹¹. Такі норми пропонують називати по-різному. Так, К.І. Комісаров називає їх «ситуаційними», оскільки їх дія багато у чому залежить від конкретної ситуації¹². Інколи такі норми іменують дискреційними. На думку А.Т. Бонера, терміни «дискреційні норми» та «ситуаційні норми» не виключають один одного, а підкреслюють різні аспекти одного явища. При застосуванні терміна «дискреційні норми» увага акцентується на певній свободі вибору правозастосувача у межах, установлених законом. Називаючи ці норми ситуаційними, підкреслюємо, що така свобода має обмежений характер і багато в чому зумовлюється конкретною ситуацією. Тому норми, про які йдеться, варто називати подвійним терміном як «дискреційні» (ситуаційні)¹³.

На нашу думку, варіативність найменувань для позначення норм, які надають певну свободу розсуду, пов'язана з мінливістю термінології у часі й не становить значної дискусійної проблеми та не вносить різнобій у практику правозастосування. Службовою роллю таких норм є максимально правильне застосування нормативних приписів у конкретних ситуаціях. Таку правову конструкцію законодавець вживає свідомо, оскільки не в кожному випадку можна передбачити все різноманіття життєвих реалій і формалізувати оцінку обставин справи та особи правопорушника. В цих нормах наявні такі законодавчі формулювання, як «може», «вправі» тощо. Наприклад, норма ст. 69 КК про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, є уповноважуючою. У тексті знаходимо слово «може», тобто вирішення цього питання віддано на розсуд судді.

Юридичний термін — це використане у законі слово (або словосполучення), яке є узагальненим найменуванням юридичного поняття, що має точний і визначений зміст і відрізняється змістовною однозначністю, функціональною стійкістю.

Поняття — це відображення об'єктивної дійсності в її істотних ознаках, думка, що відображає сутність явища. Термін є відображенням поняття у відповідній знаковій формі, його носієм, зовнішнім символом. Тісний зв'язок між поняттям і терміном не завжди очевидний. Поняття одне, а термін може позначати і різні поняття, бути багатозначним

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК суд признає покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. В такому аспекті підставами суддівського розсуду виступають

юридичні терміни і поняття та індивідуалізація покарання як напрям кримінально-правової політики. Так, юридичний термін — це використане у законі слово (або словосполучення), яке є узагальненим найменуванням юридичного поняття, що має точний і визначений зміст і відрізняється змістовною однозначністю, функціональною стійкістю¹⁴. Проблема юридичної термінології невід'ємна від проблеми юридичних понять. Поняття — це відображення об'єктивної дійсності в її істотних ознаках, думка, що відображає сутність явища. Термін є відображенням поняття у відповідній знаковій формі, його носієм, зовнішнім символом.

Тісний зв'язок між поняттям і терміном не завжди очевидний. Поняття одне, а термін може позначати і різні поняття, бути багатозначним. Нечітке вираження законодавчої думки може бути результатом як невдалого словесного оформлення, так і недостатньої зрозумілості самого юридичного поняття. На практиці це призводить до різного тлумачення і розсуду, яке не сприяє однаковому застосуванню відповідних норм права¹⁵. На жаль, у чинному КК необхідна для правильного і однакового застосування права єдність юридичної термінології не забезпечена. Якщо спеціальне значення загальнозживаного терміна не очевидне, законодавцю доцільно надавати його нормативне тлумачення у примітці до статті, чи у тексті статті, чи у спеціальній статті. Так, шляхом закріплення у тексті статті було надано нормативне визначення поняття «крадіжка» у ч. 1 ст. 185 КК, «грабіж» у ч. 1 ст. 186 КК тощо.

При призначенні покарання суддя зіштовхується з такими поняттями, які не мають нормативного закріплення, а їх установлення створює труднощі у судовій практиці. Наприклад, що саме слід розуміти під такими поняттями як «особа винного», «особа потерпілого», «щире каяття», «ступінь тяжкості вчиненого злочину», що викликає дискусії та призводить до різнобою у тлумаченні. Деякі вказівки та роз'яснення того, що саме потрібно враховувати під тим чи іншим поняттям містяться у постановках Пленуму Верховного Суду України.

З метою недопущення перебільшення ролі актів вищих судових органів, яке може призвести до того, що у результаті всі дискусійні питання, що допускають суддівський розсуд, будуть «роз'яснені», ми вважаємо, що неочевидне значення вживаних термінів

¹¹ Див.: Поройко М.С. Обязывающие и управомочивающие нормы в уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Казань, 2006. — С. 6.

¹² Див.: Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в гражданском процессе // Советское государство и право. — 1969. — № 4. — С. 48—55.

¹³ Див.: Бонер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. — 1979. — № 6. — С. 34—42.

¹⁴ Див.: Эйсмэн А.А. Структура и язык описания уголовной ответственности // Вопросы борьбы с преступностью. — Вып. 18. — М., 1973. — С. 47—50.

¹⁵ Див.: Федорова М.Ю. Терминологическая определенность как требование законодательной техники (на примере законодательства о социальной защите населения) // Законодательская техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование. — Н. Новгород, 2001. — С. 159—164.

потрібно тлумачити у самому кримінальному законі. Це сприятиме упорядкуванню суддівського розсуду та недопущенню його обмеження постановами судів вищих інстанцій. Так, ми пропонуємо нормативно закріпити критерії врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та особи потерпілого. Звісно, вживання в законі термінів, які однозначно відображають поняття, — це ідеал, якого право прагне і ніколи не досягає через труднощі самої дійсності, яка складає предмет права і його ціль ¹⁶.

Під оціночними поняттями у кримінально-правовій літературі прийнято розуміти такі ознаки складу злочину чи окремі характеристики таких ознак, зміст яких визначається не законом чи іншим нормативним актом, а правосвідомістю особи, яка застосовує відповідну норму, виходячи з конкретних обставин справи

Одним із видів термінів як дефінітивних норм є оціночні поняття, узагальнене визначення яких надати неможливо, оскільки їх застосування залежить від конкретних життєвих обставин. Оціночні поняття більшість науковців виокремлюють як підстави суддівського розсуду у кримінальному праві. Законодавець використовує їх при формулюванні описових диспозицій із широкими рамками для опису окремих елементів складу злочину, тобто правозастосувач оперує власне оціночними поняттями на етапі кваліфікації вчиненого діяння.

«Оціночними» поняттями у кримінально-правовій літературі прийнято вважати такі ознаки складу злочину чи окремі характеристики таких ознак, зміст яких визначається не законом чи іншим нормативним актом, а правосвідомістю особи, яка застосовує відповідну норму, виходячи з конкретних обставин справи (наприклад, «тяжкі наслідки», «значна шкода», «великий розмір»).

Використовуючи такі поняття, законодавець прагне надати суб'єкту застосування кримінально-правової норми можливість максимально врахувати фактичні обставини конкретної кримінальної справи, а також вимоги умов життя суспільства, які постійно змінюються ¹⁷. На нашу думку, на етапі призначення покарання суддя зіштовхується з оціночними поняттями у тому випадку, коли такі не передбачені складом злочину відповідної норми Особливої частини КК. Наприклад, при врахуванні пом'якшуючих та обтяжуючих обставин тощо (п. 5 ч. 1 ст. 66 КК, п. 5, п. 8 ч. 1 ст. 67 КК та ін.).

Щодо індивідуалізації покарання як керівного принципу кримінально-правового регулювання і як підстави суддівського розсуду при призначенні покарання обґрунтуємо нашу позицію. Індивідуалізація покарання — це конкретизація судом виду і розміру міри державного примусу, який призначають особі,

що вчинила злочин, залежно від особливостей цього злочину і його суб'єкта. П. 3 ч. 1 ст. 65 КК безпосередньо забезпечує реалізацію принципу індивідуалізації. У деяких законодавствах (наприклад, КК Республіки Білорусь) індивідуалізація саме і зводиться до врахування тяжкості вчиненого злочину, особи винного та пом'якшуючих і обтяжуючих обставин. Проте, ми вважаємо, що індивідуалізацією покарання як одним із напрямів кримінально-правової політики часто зловживають саме при вирішенні питань

конструкції кримінально-правових норм із широкими межами санкцій. Так, на думку Л.А. Прохорова, існуючі у кримінальному законодавстві відносно широкі рамки санкцій створюють правову основу для

індивідуалізації покарання, дозволяючи суду врахувати специфічні обставини злочину, соціальні й психологічні особливості особи винного ¹⁸. Вважаємо, що широкі рамки санкцій, навпаки, сприятимуть зловживанню суддівським розсудом. Як уявляється, застосування у кримінальному законі відносно вузьких рамок санкції, що відповідатимуть одній категорії злочинів, не означатиме, що законодавець не врахував вимоги закону про індивідуалізацію покарання. Проблема вбачається навіть не в методиці конструювання санкцій Особливої частини КК, а у порядку їх застосування судами.

Зберігаючи вимоги про індивідуалізацію покарання, потрібно, щоб диференціація кримінальної відповідальності залишалася за законодавцем. Індивідуалізації покарання, перш за все, повинна сприяти правильна оцінка обставин справи, не просто їх врахування, а таке викладення у вироку обставин справи, щоб була зрозуміла оцінка судом ступеня їх впливу на міру покарання.

При конструюванні кримінально-правових санкцій законодавець повинен буде закласти наперед установлену ймовірну оцінку обставин справи. Надто широкі рамки санкцій сприяють лише суддівському свавіллю, адже у такому випадку змішується індивідуалізація покарання із диференціацією кримінальної відповідальності, остання, у свою чергу, є справою законодавця і не може бути віддана на розсуд судді. Через це принцип індивідуалізації покарання, враховуючи обмеження суддівського розсуду та упорядкування правозастосування, повинен бути переосмислений.

Таким чином, підставами суддівського розсуду при призначенні покарання є кримінально-правові санкції, передбачені КК, уповноважуючі норми, юридичні терміни і поняття та індивідуалізація покарання. Такі підстави потрібно розглядати крізь призму загальних засад призначення покарання.

¹⁶ Див.: Коган В.М. К вопросу о формализации отрасли права // Вопросы кибернетики и права. — М., 1967. — С. 100—115.

¹⁷ Див.: Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм. — Волгоград, 1973. — С. 97.

¹⁸ Див.: Прохоров Л.А. Общие начала назначения наказания и предупреждение рецидивной преступности. — Омск, 1980. — С. 20.