

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра кримінального та кримінального процесуального права

МАГІСТЕРСЬКА РОБОТА

освітній ступінь – магістр

На тему: **«ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З
ПОЗБАВЛЕННЯМ ВОЛІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ»**

Виконала: студентка 2-го року
навчання, спеціальності

081 Право



Носенко Ольга Андріївна

Керівник: Азаров Д.С.,

к.ю.н., доцент

Рецензент: Загиней-Заболотенко З.А.,

д.ю.н., доцент

Магістерська робота захищена
з оцінкою «_____»

Секретар ЕК: _____

«___» _____ 2020 р.

ЗМІСТ

УМОВНІ ПОЗНАЧЕННЯ	3
ВСТУП	4
РОЗДІЛ 1 ЗАГАЛЬНІ ЗАУВАГИ ЩОДО ПОКАРАННЯ У ВИДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ	8
1.1. Суть покарання «пов'язаного з позбавленням волі»	8
1.2. Моделі призначення покарання у виді позбавлення волі	18
Висновки до РОЗДІЛУ 1	27
РОЗДІЛ 2 МЕТА ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ	29
2.1. Загальні зауваги щодо мети призначення покарання	29
2.2. Мета покарання за кримінальним правом України	36
2.3. Мета покарання за кримінальним правом Німеччини та Швейцарії	38
2.4. Мета покарання за кримінальним правом США та Англії	42
Висновки до РОЗДІЛУ 2	47
РОЗДІЛ 3 ВИЗНАЧЕННЯ СТРОКУ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ	49
3.1. Правова визначеність та справедливість як наскрізні категорії призначення покарання у виді позбавлення волі	49
3.2. Строк позбавлення волі та детермінуючі фактори за кримінальним правом України	52
3.3. Строк позбавлення волі та детермінуючі фактори за кримінальним правом Німеччини та Швейцарії	61
3.4. Строк позбавлення волі та детермінуючі фактори за кримінальним правом США та Англії	68
Висновки до РОЗДІЛУ 3	74
ВИСНОВКИ	76
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ	82
Додаток 1	98

УМОВНІ ПОЗНАЧЕННЯ

Англія та Уельс	Англія
Європейський суд з прав людини	ЄСПЛ
Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод	ЄКПЛ
Конституційний суд України	Конституційний Суд
Конституція України	Конституція
Кримінальний кодекс Німеччини	КК Німеччини
Кримінальний кодекс України	КК України
Кримінальний кодекс Швейцарії	КК Швейцарії
Кримінальний кодекс Швейцарії	КК Швейцарії
Кримінальний процесуальний кодекс України	КПК України
Кримінально-виконавчий кодекс України	КВК України
Наказ Міністерства Юстиції №2823/5 «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань» від 28.08.2018	Правила внутрішнього розпорядку
Швейцарська Конфедерація	Швейцарія
параграф	пар.
пункт	п.
Сполучені Штати Америки	США
стаття	ст.
сторінка	с.
Федеративна Республіка Німеччина	Німеччина
частина	ч.

ВСТУП

Поганий закон – найгірший вид тиранії

Е. Берк [1]

Актуальність та обґрунтування вибору теми. Станом на перше квітня 2020 року 52 609 особи відбували покарання у виді позбавлення волі [2]. Для порівняння у 2010 році загальна кількість ув'язнених складала 147 716 особи [3]. За даними Харківської правозахисної організації суттєве збільшення кількості осіб, засуджених до позбавлення волі спостерігалось протягом 90-тих років (у 1989 році ув'язнених було 88 807, у 1992 році – 110 538, а у 1996 році – 172 163 людини), але кількість ув'язнених пішла на спад з прийняттям нового кримінального кодексу у 2001 році [4]. Далі значний спад кількості ув'язнених спостерігався у 2014 році, різкий – у 2015 році (30%) і ця кількість продовжує падати [5].

Суттєве зменшення ув'язнених пояснюється низкою факторів. Це і проведена амністія 2014 року, прийняття Закону України «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» від 26 листопада 2015 року, декриміналізація частини злочинів [6, с. 7]. Варто усвідомлювати, що статистична інформація за останні роки не включає дані з анексованого Криму та з окупованих територій Донецької та Луганської областей [5]. Також багато засуджених підлягають звільненню від відбування покарання. Варто звернути увагу на те, що за період 2015-2019 років було ухвалено всього 263 виправдувальних вироків, а їх кількість лише спадає [5]. Це означає, що зменшення кількості ув'язнених відбувається не завдяки зменшенню випадків призначення покарання у виді позбавлення волі, а завдяки іншим факторам.

Покарання у виді позбавлення волі все ще привабливе для українських суддів та широко використовується.

Попри те, що при призначенні цього покарання на карту поставлено невід'ємну людську цінність – право на свободу та особисту недоторканість, сьогодні не можна констатувати, що процес призначення покарання у виді

позбавлення волі відбувається за чіткими та зрозумілими правилами. Норми кримінального законодавства не дають конкретну відповідь на питання яким чином, внаслідок чого, а головне для чого (з якою метою) відбувається призначення покарання у виді позбавлення волі. Мета має бути відправною точкою для визначення всієї системи покарання, його призначення та відбування. Відсутність системного підходу зумовила неоднорідність судової практики, несправедливі і необґрунтовані судові рішення (як в сторону непропорційної суворості, так і в сторону м'якості призначеного покарання). Тим часом призначення покарання у виді позбавлення волі триває і не збавляє обертів.

Саме тому обрана тема для цієї кваліфікаційної роботи є вкрай актуальною і залишатиметься такою допоки не буде вирішена криза із призначенням позбавленням волі в Україні.

Практичне і наукове значення теми. Наведене вище демонструє практичне значення теми для подальших змін у системі призначення покарання у виді позбавлення волі, щоб вона відповідала інтересам, правам і свободам засуджених, потерпілих, суспільству та Державі Україна. Реформування системи призначення покарання у виді позбавлення волі неможливе без створення ґрунтової наукової бази для цього. Наука має допомогти поглибити існуючі та розробити нові підходи до процесу призначення покарання.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, пов'язані з призначенням покарання у виді позбавлення волі.

Предметом дослідження є норми, які врегульовують призначення покарання у виді позбавлення волі.

Мета цієї магістерської роботи - через призму мети покарання дослідити систему призначення покарання у виді позбавлення волі, зокрема, визначення строку позбавлення волі за допомогою порівняльного дослідження.

Мета дослідження досягатиметься шляхом вирішення таких **завдань**:

1) встановлення суті «покарання, пов'язаного з позбавленням волі» та встановлення взаємозв'язку між покараннями у виді позбавлення волі, арешту, триманні у дисциплінарному батальйоні та обмеження волі;

- 2) порівняння різних моделей призначення покарання;
- 3) дослідження мети покарання, яка закладається в основу систем призначення покарання у досліджуваних державах;
- 4) встановлення наскрізних принципів для призначення покарання у виді позбавлення волі;
- 5) дослідження систем призначення покарання у виді позбавлення волі, зокрема, визначення строку позбавлення волі у досліджуваних держав;
- 6) виявлення практичних проблем реалізації законодавчого регулювання щодо покарання у виді позбавлення волі в Україні;
- 7) встановлення напряму подолання проблем в українському регулюванні та в практиці призначення покарання у виді позбавлення волі.

Коротка характеристика джерел, огляд літератури. Під час написання цієї роботи були використані як джерела дослідження наукові роботи вітчизняних та іноземних науковців, законодавство та судова практика України та іноземних держав, міжнародні акти. Теоретичною основою дослідження були праці таких вчених: А. Ешворт, М. Тонри, Н.А. Беда, Е. Келлі, Т. Хернле, М. Арслан, С. Брейер, А. Фон Гірш, Р. Фрейз, Ч. Беккарія, Е. Рафтер, С. Герн, С. Мейер, Т. Вігенд, А. Альшулер, Сташис В.В., Баулін Ю.В., Бабанли Р.Ш. та інших науковців. Варто відзначити, що у літературі більше уваги приділено визначенню меті покарання та опису загальних зауваг щодо системи призначення покарання, характеристиці недоліків. Натомість, менше уваги приділено аналізу способів визначення строку позбавлення волі.

У цій роботі будуть використані такі **методи**: аксіологічний метод, аналітичний метод, герменевтичний метод, діалектичний метод, метод гіпотез, історико-правовий метод, порівняльно-правовий метод, структурно-функціональний метод та формально-юридичний метод.

Дослідження полягатиме у такі **методології**:

- 1) аналіз суті родового поняття «позбавлення волі» щодо його охоплення таких покарань як позбавлення волі, обмеження волі, тримання у дисциплінарному батальйоні та арешту;

- 2) аналіз суті таких покарань як позбавлення волі, обмеження волі та арешту;
- 3) аналіз та співставлення особливостей змісту та функціонування різних моделей призначення покарання;
- 4) аналізу характерних принципів для системи покарання у виді позбавлення волі;
- 5) аналіз законодавства, доктрини та практики щодо мети призначення покарання у досліджуваних державах. Обрані держави для порівняння з українським досвідом поділяються на два блоки. Перший блок стосуватиметься дослідженню досвіду держав, модель призначення покарань яких подібна до української, а саме досвіду Німеччини та Швейцарії; другий – досвіду держав формалізованої моделі призначення покарання, а саме США та Англії;
- 6) порівняння превалюючої мети покарання у досліджуваних державах;
- 7) аналіз систем призначення покарання у виді позбавлення волі, зокрема, шляхів визначення строку позбавлення волі у досліджуваних державах;
- 8) співставлення мети покарання та системи його визначення у досліджуваних державах;
- 9) порівняння вітчизняної та іноземних систем призначення покарання;
- 10) дослідження практики призначення покарання у виді позбавлення волі в Україні;
- 11) окресленні способів подолання кризи призначення покарання у виді позбавлення волі в Україні. У цій магістерській роботі буде встановлено напрям зміни системи призначення покарання, зокрема, у виді позбавлення волі в Україні.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНІ ЗАУВАГИ ЩОДО ПОКАРАННЯ У ВИДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

1.1. Суть покарання «пов'язаного з позбавленням волі»

Поняття види, порядок призначення та відбування покарання регулюються КК України та в окремих аспектах (здебільшого щодо відбування призначеного покарання) КВК України, КПК України та іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до них.

КК України у ч. 1 ст. 50 визначає покарання як захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого [7]. У ст. 51 КК України наведено вичерпний перелік видів покарань. Натепер існує дванадцять видів покарань різного характеру обмежень, які накладаються на засудженого за вчинення злочину відповідно до вироку суду.

Види покарань не категоризовано у КК України, а просто перелічено в ст. 51. Однак, формулювання ст.ст. 389 та 390 КК України наштовхують на висновок, що існує дві категорії покарань: пов'язані та не пов'язані з позбавленням волі. Стаття 389 КК України має назву «Ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі» (стосується таких покарань як штраф, позбавлення права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю, громадські та виправні роботи), а ст. 390 КК України – «Ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі». Виходячи із зазначених формулювань, складається враження що всі незазначені в цій статті покарання (арешт, обмеження волі, строкове і довічне позбавлення волі та тримання особи в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців) є такими, що пов'язані з позбавленням волі. З іншого боку, ст. 390 КК України не оперує цим терміном, не уточнює чи включає позбавлення волі і строкове, і довічне та взагалі не зазначає про покарання у виді арешту та тримання особи в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців.

Положення інших законодавчих актів не надто допомагають розплутати цю термінологічну плутанину.

Нещодавно прийнятий (набрання чинності якого очікується 01 липня 2020 року) Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» перейняв тенденцію до невизначених формулювань від чинного КК України [8]. Так, у змінній Законом ч. 2 ст. 12 КК України визначено, що кримінальним проступком є діяння, за яке передбачається покарання у виді штрафу *«або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі»*, але не наводить роз'яснення щодо цього терміну. Більше того, якщо застосовувати системне тлумачення цієї норми та ст. 389 КК України, то виходить, що ч. 2 ст. 12 стосується лише визначених у ст. 389 покарань. Однак, це лише припущення. Стаття 12 визначає засадничу класифікацію на кримінальні проступки та злочини, відтак, допускати невизначеність у формулюванні видається недоцільним.

У КПК України теж активно використовується формулювання «покарання, не пов'язаного з позбавленням волі» і теж без жодних роз'яснень (ч. 1 ст. 377) [9]. Натомість, КВК України до Розділу II з назвою «Виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі» включає всі види покарання крім власне позбавлення волі. Так само і Закон України «Про амністію» послідовно розділяє покарання у виді позбавлення волі від інших видів покарань, які визначені як не пов'язані з позбавленням волі (ст.ст. 1-3, 11) [10].

Подібну позицію імпліцитно займає і судова практика. Пленум Верховного Суду України відносить до покарання, пов'язаного з позбавленням волі лише власне такий вид покарання як позбавлення волі (абз.3 п.2) [11]. Така саме позиція і у Верховного Суду [12, 13].

Отже, виходячи з формулювань, використаних законодавцем у КК України, цілком можливо, що «покаранням, пов'язаним з позбавленням волі» є одразу декілька покарань: строкове і довічне позбавлення волі, обмеження волі, арешт, тримання в дисциплінарному батальйоні. Однак, може бути і інша інтерпретація, що це просто не надто вдалий вибір формулювання і насправді пов'язаним з

позбавленням волі є лише строкове і довічне позбавлення волі. У другому випадку просто необхідна уніфікація законодавства та виправленням термінологічної плутанини. Якщо припустити, що п'ять покарань у КК України є пов'язаними з позбавленням волі, тоді це піднімає питання доцільності наявності їх як окремих видів покарання. Вирішення цієї термінологічної проблеми сприятиме послідовності та системності КК України. До того ж, це питання впливає і на обсяг дослідження в цій магістерській роботі.

Для вирішення окресленої проблеми дослідження нижче буде концентруватися на суті таких покарань як позбавлення волі, обмеження волі, арешт та тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців. Довічне і строкове позбавлення волі не підлягатимуть окремому дослідженню, оскільки належать до одного родового поняття «позбавлення волі» та до них підлягають застосуванню однакові правила (за винятком особливостей призначення покарання та відбування) [14, 15].

Попри те, що у літературі відсутня бурхлива дискусія щодо значення «пов'язаного з позбавленням волі» покарання, науковці досі дискутують щодо кореляції покарань у виді позбавлення волі, арешту та обмеження волі.

На думку В.В. Сташис, прийнятий у 2001 році КК України виділяє три групи основних покарань: (1) громадські роботи; (2) штраф; (3) позбавлення волі. Останню групу автор поділяє на арешт, обмеження волі, направлення військовослужбовців до дисциплінарного батальйону, позбавлення волі на певний строк та довічне позбавлення волі [16, с. 614-615]. Аналогічну позицію висловив і Ю.В. Баулін, зазначивши, що КК України передбачає п'ять видів позбавлення волі [17, с. 38].

Деякі науковці розділяють висловлену позицію [18]. однак, дехто відстоює позицію, що арешт, обмеження та позбавлення волі (тримання у дисциплінарному батальйоні не аналізувалося) – окремі, різні та самостійні [19, с. 134, 157; 20, с.10; 21, с. 10]. Позиція цих науковців фактично аргументується тим, що (1) позбавлення волі є більш суворим, ніж інші покарання, (2) відбування цих покарань проходить за різним режимом та у різних місцях, (3) вони призначаються різним суб'єктам (4)

за злочини різної тяжкості, а також (5) мають різні цілі [19, с. 134: 20, с.10]. Перше за все, щодо неможливості присвоєння різних цілей різним покаранням буде прокоментовано у Розділі 2 цієї магістерської роботи. По-друге, і вертаючись до аргументів, всіх їх можна звести до різниці у відбуванні та підставах призначення, однак, це ніяк не виключає їх однаковість по суті. Більше того, навіть ці науковці змушені визнати, що суть залишається та сама – обмеження свободи [19, с. 134: 20, с.10].

Перед тим як перейти до дослідження суті цих покарань варто визначитися із змістом поняття «позбавлення волі». Вбачається, що «позбавлення волі» є нічим іншим як обмеження права на свободу та особисту недоторканість (враховуючи, що таке обмеження є законним). Особу при застосуванні покарань не позбавляють волі. По суті законодавець лише лімітує право пересування особи (а також низку інших пов'язаних прав), поміщаючи особу в кримінально-виконавчі установи без дозволу на їх покинення (або покинення на певних умовах) та з певним режимом на певний строк або довічно. При застосуванні покарань особа зазнає обмеження у правах, і чим суворіше покарання, тим суворіші накладені обмеження. Однак, особу не позбавляють волі, як і гарантується Конституцією України.

Стаття 29 Конституції гарантує право на свободу та особисту недоторканість, тобто визначає, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом [22]. Конституційний Суд зазначає, що право на свободу є невід'ємним та невідчужуваним і *«передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, безперешкодно і на власний розсуд пересуватися по території держави, обирати місце проживання тощо. Право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від зовнішнього втручання, за винятком обмежень, які встановлюються Конституцією та законами України»* [23; 24; 25].

Будь-які обмеження прав і свобод, гарантованих конституцією мають відбуватися виключно відповідно до Конституції та законів України, тобто лише

на підставі судового рішення з дотриманням прав і свобод (ст. 29 Конституції, ч. 1 ст. 12 КПК України), зумовлюватися легітимною метою, суспільною необхідністю та бути пропорційними і обґрунтованими [23; 25].

Наведене свідчить, що позбавити особу волі шляхом призначення законного покарання неможливо навіть, якщо це покарання – довічне позбавлення волі. Можна дискутувати, що поняття «воля» як використано в «позбавленні волі» є дещо іншим за змістом поняттям, ніж «свобода» в розумінні «права на свободу». Але таке тлумачення ризикує не відповідати Конституції. Відповідно до Конституції допустимість позбавлення свободи виключається, натомість дозволяється лише законне, необхідне і відповідне легітимній меті обмеження свободи. В такому випадку, не може допускатися позбавлення волі в буквальному значенні.

Таким допустимим обмеженням права на свободу та особисту недоторканість і є покарання у виді позбавлення волі, арешту, обмеження волі та тримання у дисциплінарному батальйоні за ст. 29 Конституції.

Конституційний Суд у своїх рішеннях визнавав і менш суворі заходи обмеження права на свободу та особисту недоторканість. У справі щодо тлумачення ст. 80 Конституції України Конституційний Суд в частині затримання народного депутата вирішив, що формулювання у статті «затримані чи заарештовані» охоплюють затримання як адміністративно-процесуальний захід та арешт як вид адміністративного стягнення, оскільки останні є обмеженням права на свободу та особисту недоторканність, так само як і адміністративне затримання (хоч і короткостроково) [26; 25].

Стаття 29 Конституції корелюється зі ст. 5 ЄКПЛ. Стаття 5 ЄКПЛ визначає вичерпний перелік випадків, коли допускається обмеження права на свободу та особисту недоторканність. Ці випадки включають законні ув'язнення, арешт та затримання [27]. Відповідно до ЄКПЛ, право на свободу та особисту недоторканість не є абсолютним. Обмеження свободи та особистої недоторканності дозволяється у випадках, визначених ст. 5 ЄКПЛ та деталізованими національним законодавством. При цьому, при здійсненні такої

деталізації у національному законодавстві має застосовуватися вузьке тлумачення допустимих випадків обмеження за ст. 5 ЄКПЛ. Тобто, держава має гарантувати неможливість свавільного позбавлення свободи [24; 28]. Щодо покарань у виді ув'язнення, ЄКПЛ вимагає, аби його правова регламентація відповідала принципу верховенства права та ЄКПЛ [29, пар. 63; 30, пар. 50].

Для застосування ст. 5(1)(а) ЄКПЛ, ЄСПЛ не звертає увагу на кваліфікацію дії в національному праві, а аналізує ситуацію самостійно, зокрема враховує тривалість, тип, наслідки, реалізацію санкції та контекст [31, пар. 92; 32, пар. 92; 33, пар. 59; 34, пар. 59; 35, пар. 226]. Наявність або відсутність згоди на таке обмеження не впливає на оцінку факту позбавлення волі [36, пар. 48; 37, пар. 46; 38, пар. 74].

Відповідно до практики ЄСПЛ під цю статтю підпадають випадки арешту та адміністративного затримання, ув'язнення у «в'язниці відкритого типу» та поміщення до дисциплінарного підрозділу, доставлення та короткострокове перебування у відділку поліції та навіть процедури щодо психічнохворих осіб [33, пар. 69; 32, пар. 95; 39, пар. 2; 40, пар. 40; 41, пар. 317]. ЄСПЛ у справі Гуццарді проти Італії відзначив, що *«позбавлення волі може, однак, мати безліч інших форм»*¹ [32, пар. 95]. Тобто ст. 5(1)(а) ЄКПЛ поширюється на всі випадки покарань, які пов'язані з обмеженням у праві на свободу та особисту недоторканність.

Різниця між позбавленням (deprivation) та обмеженням (restriction upon) волі полягає лише в ступені та інтенсивності, але не щодо природи та змісту [32, пар. 93]. Прикладом такого розрізнення є справа Енгеля проти Нідерландів, де ЄСПЛ проводив різницю між полегшеним та посиленим арештом. Під час полегшеного арешту особу не замикали в приміщенні, хоча і обмежували у пересуванні [33, пар. 62]. Суворий арешт був короткостроковий, але полягав у замкненні особи і вдень, і вночі та забороні особі виконувати звичайні обов'язки. Ця різниця і означала, що суворий арешт є фактичним позбавленням волі [33, пар. 63]. Суд також кваліфікував дисциплінарне стягнення як позбавлення волі, виходячи з того, що

¹ У цій магістерській роботі переклад здійснюється її авторкою, якщо не зазначене протилежне.

його відбували разом із засудженими особами та протягом понад місяця особи не могли покинути заклад, що було значно довше, ніж суворий арешт, а також особи були зачинені в камері протягом всього часу [33, пар. 64].

В справі Гуццарді проти Італії ЄСПЛ визнав, що питання кваліфікації санкції як позбавлення волі є спірним питанням та часто залежить від того яким чином імплементується та чи інша санкція [32, пар. 93-94]. При цьому, санкція в наведеній справі дуже відрізнялася від ув'язнення або суворого арешту (штибу суворого арешту у справі Енгеля). Заявник жив на частині острова, не мав жодних соціальних контактів крім полісмена, таких же засуджених та близьких родичів, його пересування суттєво обмежувалося, він мусив узгоджувати свої дзвінки та міг покинути місце перебування лише з дозволу. ЄСПЛ вирішив, що кожен з фактів взятий окремо буде недостатній для кваліфікації як позбавлення волі, однак, якщо розглядати їх кумулятивно, то цього більш ніж достатньо для віднесення до позбавлення волі [32, пар. 95].

Тобто, ЄСПЛ займає послідовну позицію, що навіть за умови короткостроковості обмеження за наявності інших факторів воно підпадатиме під ст. 5(1)(а) ЄКПЛ, дивлячись на всі обставини кумулятивно та системно [32, пар. 95; 42, пар. 193]. До того ж, відсутність фізичного стримування особи, застосування до неї наручників чи поміщення в камеру ще не означає відсутність факту позбавлення волі [42, пар. 193].

Відбування покарання у виді позбавлення волі, обмеження волі, арешту та тримання у дисциплінарному батальйоні подібні. Позбавлення волі полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його до кримінально-виконавчої установи закритого типу відповідно до ч. 1 ст. 63 КК України. Обмеження волі за ч. 1 ст. 61 КК України передбачає перебування особи під наглядом у кримінально-виконавчій установі відкритого типу з залученням особи до праці без ізоляції від суспільства особи. Згідно ч. 1 ст. 60 КК України арешт передбачає строкове тримання засудженого в умовах ізоляції. Тримання у дисциплінарному батальйоні є специфічним видом покарання, яке відповідно до ст. 62 КК України застосовується до спеціального суб'єкта та, що надважливо – це покарання можна призначати

замість позбавлення волі строком до двох років (фактично законодавець сам прирівнює ці два покарання).

Порядок відбування покарання у виді обмеження волі, арешту та позбавлення волі регулюється відповідно до КВК України та Правил внутрішнього розпорядку [43; 44]. З цих нормативно-правових актів видно, що засуджені мають однакові основні права (винятки можуть бути відповідно до специфічних правил відбування покарання, наприклад, правила зустрічі з рідними). Засуджені до позбавлення волі відбувають покарання у виправних колоніях (ст. 18 КВК України), до обмеження волі – у виправних центрах (ст. 16 КВК України), до арешту – у арештних домах (ч. 1 ст. 50 КВК України).

Якщо проаналізувати відповідні положення КВК України та Правила внутрішнього розпорядку, можна констатувати, що умови відбування покарання у всіх випадках за суттю однакові, хоча і можуть відрізнятися ступенем суворості контролю.

Цим покаранням притаманний різний ступінь ізолюваності від суспільства. Так, хоча КК України і вказує, що обмеження волі не передбачає ізоляції від суспільства, все ж науковці вважають, що при відбуванні цього покарання особа підлягає неповній, але ізоляції [21, с. 9].

При покаранні у виді обмеження волі особі дозволяється виходити на роботу за межами виправного центру (ч. 1 ст. 61 КВК України), знімати житло або жити у гуртожитку, проживати з сім'єю за певними умовами (ч.ч. 4, 7 ст. 59 КВК України), носити цивільний одяг (ч. 2 ст. 59 КВК України), виходити за межі виправного центру за спеціальним дозволом (ч. 3 ст. 59 КВК України), прибувати у місце виконання покарання самостійно (ч. 1 ст. 57 КВК України).

Особі, яка відбуває покарання у арештному домі не дозволяється покидати територію (Глава 12 КВК України), робота не проводиться за межами території відбування покарання (ст. 52 КВК України), відвідування родини суттєво обмежуються (ч. 3 ст. 51 КВК України). Відповідно до ч. 2 ст. 51 КВК України на засуджених до арешту поширюються права, обов'язки, заборони і обмеження,

встановлені кримінально-виконавчим законодавством для осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі.

Військовослужбовець, який відбуває покарання у виді тримання у дисциплінарному батальйоні хоч і підлягає подібним обмеженням, хоча і менш суворим. Так, на таку особу поширюються положення щодо суспільно корисної праці (ч. 5 ст. 71 КВК України), дозволяються періодичні короткострокові та тривалі побачення (ч.ч. 2-3 ст. 73 КВК України), листування без обмежень (ст. 74 КВК України) та за дозволом короточасні від'їзди за межі батальйону у виняткових випадках (ст. 75 КВК України).

Умови, права та обмеження для осіб, засуджених до позбавлення волі відрізняються відповідно до рівня безпеки виправних колоній: мінімального (з полегшеними або загальними умовами тримання), середнього та максимального рівня безпеки (ч.2 ст. 97 КВК України). Засудженим надається право на особисте листування, відвідування родини, оплатну працю, але забороняється самовільно полишати колонію (ст. 108 КВК України).

За логікою конструювання санкцій, положень ст. 12 та ст. 50 КК України, позбавлення волі є найбільш суворим покаранням. Однак, в літературі звертається увага на те, що арешт є набагато суворішим за правилами відбування покарання, ніж позбавлення волі (через наприклад, обмеження тривалості прогулянок чи побачення з рідними) [45, с. 347]. Також, наголошується, що фактичні умови відбування покарання у виді обмеження волі дорівнюють умовам відбування покарання у виді позбавлення волі [21, с. 204; 46].

Враховуючи зазначене вище та застосовуючи критерії з практики ЄСПЛ, можна дійти висновку, що покарання у виді арешту, обмеження волі та тримання у дисциплінарному батальйоні з огляду на умови їх відбування (регламентовані та/або фактичні), можна кваліфікувати як позбавлення волі. Для цього неважлива ні їх тривалість, ні м'якші умови відбування.

Підтвердженням позиції однаковості цих покарань за суттю є історія появи арешту та обмеження волі в КК України. До прийняття 05 квітня 2001 року чинного КК України, Кримінальний кодекс України від 28 грудня 1960 року не передбачав

покарання у виді обмеження волі та арешту, а лише направлення в дисциплінарний батальйон військовослужбовців строкової служби, строкове та довічне позбавлення волі (ст. 23 в редакції від 20.06.2001) [47].

Покарання у виді обмеження волі та арешту не можна назвати цілком новими для України. Ю.В. Шинкарьов вважає, що арешт почав застосовуватися на території України відповідно до Військових артикулів Петра І. А в радянську добу він формально був замінений на короткострокове позбавлення волі [20, с.4]. Так, відповідно до ч.1 ст.25 Кримінального кодексу України від 28.12.1960 року, покарання у виді позбавлення волі могло призначатися на строк від 3 місяців. Аналогічно за радянської доби існував прототип покаранню у виді обмеження волі. В літературі вказується, що обмеження волі – це позбавлення волі у колоніях-поселеннях або умовне засудження до позбавлення волі з обов’язковим залученням до праці [21, с.9; 46].

Вважається, що арешт і обмеження волі було введено у зв’язку з міжнародно-правовими зобов’язаннями України, які серед іншого вимагали покращення системи покарань, зокрема, її гуманізацію [17, с.31; 16, с.613, 614, 617]. Однак, фактично замість дійсної гуманізації системи покарань, було виокремлено те, що вже і так існувало. Тобто, весь цей процес або через регламентацію режиму відбування (як з арештом), або через фактичні умови (як з обмеженням волі) носить характер ілюзорності.

У зв’язку з цим постає питання доцільності їх наявності в системі покарань. Дотримуючись принципів системності та послідовності (коли форма відповідає суті), виглядає не надто доцільно мати три види покарань, які відрізняються лише режимом відбування та строком і мають різні назви. Більш доцільним виглядає мати покарання у виді позбавлення волі (з можливістю призначати коротший строк, ніж один рік), але з різними режимами, призначення яких залежало б від конкретних обставин справи та особи засудженого. Позбавлення волі строком до одного року відповідає і міжнародній практиці, наприклад, у США мінімальним строком є один місяць, в Швейцарії – 3 дні (ст. 40-1.3 КК Швейцарії) [48, §5А; 49]. Також і полегшений режим відбування покарання. Відповідно до КК Швейцарії за

певних умов засудженому до позбавлення волі дозволяється мати роботу вдень поза межами місця ув'язнення (ст. 77.а.2). Різноманітність режимів позбавлення волі і так дозволяється за КВК України, тому це не викличе системної проблеми з передбаченням умов відбування як це зараз прописано для обмеження волі. Це також вирішить проблему категоризації покарань за пов'язаністю з позбавленням волі.

Це корелюється з ідеями, висловленими нещодавно науковцями та представниками влади. Так, відповідно до опублікованих матеріалів Робочої групи з питань кримінального права при Президентові України, пропонується у зміненому КК України передбачити лише таких види покарань як штраф, позбавлення волі строкове і довічне [50]. А 20 квітня 2020 року Міністр Юстиції сповістив про розроблення законопроекту, в якому з-поміж іншого буде передбачено скасування такого виду покарання як обмеження волі і заміну його новим видом, а саме пробаційним наглядом [51]. Станом на написання цієї магістерської роботи ні тест законопроекту, ні пояснення Робочої групи щодо причин скорочення видів покарань не було опубліковано, однак, тенденція очевидна.

Враховуючи вищенаведене, можна вести подальші дискусії щодо суті і кореляції обмеження волі, арешту, тримання в дисциплінарному батальйоні з позбавлення волі, їх доцільності в принципі, але в цілях цієї магістерської роботи буде проаналізовано і порівняно лише призначення покарання у виді позбавлення волі (до слова, у всіх досліджуваних державах відсутні аналоги цим видам покарань).

1.2. Моделі призначення покарання у виді позбавлення волі

Глобально можна виділити дві моделі призначення покарання: (1) індетермінована модель (коли в законі визначаються широкі межі покарань (види і розмір), а судді мають широку дискрецію) та (2) детермінована модель (визначаються вид і розмір покарання, залишаючи суддям менше дискреції) [52].

Тобто призначення покарання в різних державах може відбуватися або враховуючи настанови з призначення покарань, які розробляються спеціальними комісіями чи вищими судовими інстанціями для врахування нижчими, або відповідно до визначених в законі загальних критеріїв (не надто деталізованих) [53, с. 6-7, 9-11]. В цьому розділі буде проаналізовано детальніше ці дві моделі призначення покарання: індетерміновану модель та детерміновану модель з врахуванням їх характерних особливостей та ставлення до судової дискреції.

Призначення покарання відповідно до індетермінованої моделі

Основою цієї моделі покарання є надання суддям широкої дискреції для винесення покарання, в тому сенсі, що законом передбачаються лише види покарань, визначаються їх широкі межі, а застосування конкретного виду і розміру (строку) покарання покладається на суддів [52, с. 4]. Тобто, до цієї моделі відносяться і випадки, коли у законах регулюються лише межі санкцій за вчинення певного злочину. У такому випадку передбачають лише загальні принципи призначення покарання без деталізації щодо процесу призначення конкретного покарання, впливу певних факторів на визначення його строку (розміру).

Цю модель призначення покарань мають держави континентального права, зокрема, Німеччина, Швейцарія та Україна, де кримінальним законодавством передбачаються загальні та спеціальні засади призначення покарання, однак, без деталізації.

Через відсутність надмірної деталізації щодо процесу призначення покарання, а саме яким чином визначати потребу призначити певний вид покарання і як визначити його розмір, ці держави мають спільну проблему – неуніфікованість підходів до призначення покарання, що цілком логічно зумовлює неоднаковість судової практики. Так, на цю проблему звертають увагу не лише в Україні, а і в Німеччині та Швейцарії [54, с. 8; 55, с. 201; 56, с. 27].

Важливою частиною аналізу цієї моделі призначення покарання є розуміння яким чином держави обмежують судову дискрецію, яка навіть за індетермінованої

моделі не може бути необмеженою. Це є прямою вимогою верховенства права, щоб дискреційні повноваження судової гілки влади ефективно обмежувалися для недопущення свавілля, волюнтаризму, забезпечення дотримання прав і свобод людини [57, с. 367-368].

Україна. Хоча надмірність судової дискреції визнається радше недоліком, зокрема, у літературі [58, с. 3], українське кримінальне законодавство не містить прямої норми про звуження судової дискреції, однак, з чинного регулювання можна вивести певні механізми (запобіжники), які обмежують розсуд суду. Всі запобіжники мусять застосовуватися у сукупності.

По-перше, це вимога до суду призначати покарання у межах, установлених у санкції статті, відповідно до положень Загальної частини КК України, враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного, пом'якшуючі та обтяжуючі обставини (ст. 65 КК України). З одного боку, на думку Верховного Суду, індивідуалізація кримінальної відповідальності є дискреційними повноваженнями [59; 60; 61]. З іншого боку, суд зв'язаний вимогою врахування цих факторів при призначенні покарання.

По-друге, судовий розсуд обмежується встановленням спеціальних правил призначення покарання. Наприклад, правилами призначення покарання за сукупністю вироків (ст. 71 КК України) та злочинів (ст. 70 КК України), більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК України) та за пом'якшуючих обставин (ст. 69-1 КК України), за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті (ст. 68 КК України), правилами складання покарань (ст. 72 КК України). До цієї категорії можна також віднести заміну невідбутої частини покарання більш м'яким (ст. 82 КК України), умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (ст. 81 КК України) та звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України).

По-третє, від суддів вимагається обґрунтовувати та вмотивовувати своє рішення щодо призначеного покарання. Цей обов'язок можна вивести з послідовних згадок в КК України про необхідність наведення мотивів (обґрунтовувати) тих чи інших рішень. Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 374 КПК України,

у мотивувальній частині вироку зазначаються мотиви призначення покарання. Також ця вимога простежується у тому, що підставою для скасування або зміни судового рішення відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 409 КПК України є неповнота судового розгляду, який відповідно до ст. 410, має значення для ухвалення обґрунтованого судового рішення. Окремі вимоги щодо вмотивованості рішення висувуються нормами Загальної частини КК України, такими як невизнання певної обставини як обтяжуючої (ч. 2 ст. 67 КК України), призначення покарання, нижче від найнижчої межі (ч. 1 ст. 69 КК України), але загального такого обов'язку не передбачено. Особливий акцент покладається Пленумом Верховного суду України на призначенні покарання у виді позбавлення волі за наявності у санкції статті більш м'яких видів покарання. Пленум наголосив, що призначення покарання у виді позбавлення волі мусить бути вмотивованим та суд має обговорити питання про призначення альтернативних покарань (п. 2) [11].

Вказані запобіжники або є надмірно загальними, або нечіткими, або не дотримуються в повній мірі.

Перша категорія обмеження суддівського розсуду передбачає розмиті терміни (наприклад, вимога щодо врахування особи винного), які не сприяють однаковому правозастосуванню судами. Як наслідок, як буде продемонстровано нижче, судова практика часто неоднорідна та суперечлива.

Друга категорія хоча і передбачає більше визначеності, однак її застосування є не безпроблемним. Наприклад, неоднозначність терміну «позбавлення волі» без зазначення чи мається на увазі строкове чи довічне, чи обидва види позбавлення волі призводить до проблеми застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання у виді позбавлення волі [14]. Винятком є хіба ті правила, які можна застосувати математично (наприклад, вирахування половини максимального розміру покарання на виконання вимоги ч. 2 ст. 68 КК України).

Здавалося б з третьою категорією мусить бути найменше проблем, адже вимога щодо вмотивованості вироків стосовно позбавлення волі логічна, оскільки такі вирoki стосуються доволі суворого ступеня обмеження права особи на свободу

та особисту недоторканість, та ця вимога часто ігнорується. Якщо суддям ще вдається якось обґрунтувати вибір виду покарання, то обґрунтування конкретного строку позбавлення волі в принципі не відбувається. Також не обговорюється питання щодо призначення альтернативних позбавленню волі покарань, здебільшого обмежуючись загальним формулюванням щодо того чи можливе виправлення особи без чи з ізоляцією від суспільства [62; 63].

Німеччина. КК Німеччини загалом передбачає широку дискрецію для суддів при призначенні покарання [64, с. 13]. Втім, дискреція не є необмежена.

Подібно до України, до суддів висувається вимога обґрунтовувати свої рішення. Отже, від суддів вимагається зазначати у обвинувальному вирoku (1) застосовану норму закону, (2) факти, які вважаються доведеними, (3) елементи злочину, (4) інші факти, які були доказами (навіть якщо це зображення у файлах), (5) встановлені обставини, які виключають, зменшують чи збільшують кримінальну відповідальність або покарання, чи відмову у встановленні таких обставин, (6) обставини, вирішальні для визначення покарання, (7) наявність чи відсутність м'якшої чи суворішої справи, (8) підстави для зупинення покарання з випробувальним терміном або їх відсутність, (9) про досягнення угоди з учасниками справи, (10) інше за бажанням суду (ст. 267) [65].

Фактично наведене кореспондує із ч. 3 ст. 374 КПК України, де визначено, що саме має бути зазначено у вирoku, та іншими нормами КПК України, які стосуються наведення мотивів судового рішення. Однак, між цими нормами є декілька суттєвих відмінностей. По-перше, у німецькому законодавстві чітко визначений загальним обов'язок суддів обґрунтовувати свої рішення, на відміну від українського кримінального законодавства, де відповідна вимога розпорошена по кодексах. Тобто, в кримінальному законодавстві Німеччини одразу зрозуміло про вагомість належного обґрунтування судових рішень.

По-друге, надважлива вимога зазначати обставини, вирішальні для визначення покарання. Важливість цієї вимоги видна хоча б з того факту, що з переважної більшості судових рішень в Україні неможливо встановити які з обставин справи суд вважає вирішальними. Це в свою чергу, унеможливорює

дослідження процесу призначення покарання (яке), його розуміння українськими суддями, адже таке дослідження неможливе без розуміння які обставини мають найбільшу вагу для суддів з огляду на звичну практику зазначати у вироків подібні обставини, де покарання відрізняються. Подібне положення справді забезпечує контроль над винесенням судових рішень та спонукає суддів до більш відповідальнішого ставлення до питань призначення покарання.

Окрім того, КК Німеччини детальніше регулює загальні засади призначення покарання як буде продемонстровано у Розділі 3 цієї магістерської роботи.

Швейцарія. Для Швейцарії як і для багатьох держав актуальна проблема помилкових вироків, які зумовлені не стільки засудженням невинуватих, скільки помилковістю призначеного покарання [66, с. 16]. Вважається, що запобіжником від помилкових вироків та призначених покарань є саме обов'язок суддів обґрунтовувати свої рішення [66, с. 13].

Відповідно до ст. 50.4 КК Швейцарії, у випадках, коли рішення мусить бути обґрунтоване, суд зобов'язаний також уточнити обставини, які підлягали врахуванню під час призначення покарання та вагу таких обставин. Вимога мотивувати рішення окремо висувається в контексті призначення покарання у виді позбавлення волі замість грошового покарання відповідно до ст. 41-1(3) КК Швейцарії. Подібні вимоги можна знайти ще в низці статей (до прикладу, ст. 95 КК Швейцарії).

Таким чином, хоч і вимога мотивувати рішення загальна подібно до КК України, але вона містить надважливу частину – зазначення як обставини, які підлягали врахуванню для призначення покарання та як вони в результаті на це вплинули.

Аналогічно з Німеччиною, КК Швейцарії містить детальніші загальні положення щодо призначення покарання, деякі з яких видаються особливо привабливими, що буде адресовано у Розділі 3.

Після аналізу методів звуження судової дискреції з порівнювальних держав, можна констатувати, що для всіх трьох притаманні подібні методи звуження. Однак, подібні не означають однаково ефективні та продумані. Так, норми

кримінального законодавства Німеччини та КК Швейцарії видаються більш ефективними для контролю над призначеними вироками, аніж українські. Якщо вже передбачати широку судову дискрецію, то варто хоча б детальніше прописати її межі. У даному випадку, цими межами буде деталізація того, що підлягає врахуванню та, що найбільш важливо – вимога мотивувати яким чином враховувалися обставини (їх вплив) на призначене покарання та можливе скасування судового рішення через відсутність такого вмотивування.

В українській літературі, яка стосувалася звуження судової дискреції пропонується низка заходів на досягнення цієї мети. Так, В.О. Туляков пропонує для звуження суддівського розсуду визначити підстави для його застосування, звужити межі санкцій, встановити критерії призначення покарання (фактично розписати ст. 65 КК України), а також чітко прописати правила призначення покарань за наявності обтяжуючих чи пом'якшуючих обставин, враховуючи думку потерпілого [58, с. 15]. Ці ідеї видаються слушними, якщо вести мову про залишення індетермінованої системи призначення покарання, оскільки вони все ж ефективніше звужують розсуд суду. Окрім того, автор висунув ідею, що обмеження суддівського розсуду можливе за допомогою додання до мети покарання такої мети як соціальна справедливість [58, с. 9, 11]. Однак, важко зрозуміти яким чином саме ця мета стримуватиме суддів від призначення невідповідного, несправедливого покарання, хоча б тому, що це надто оціночна категорія. Також автор пропонує обмежити можливість призначити покарання двома третинами максимального строку або розміром найсуворішого покарання відповідно до санкції статті за наявності відповідного прохання з боку потерпілого [58, с. 16]. Пропозицію щодо врахування думки потерпілого для обмеження розміру покарання видається ризиковою, оскільки це може створити додаткові причини для тиску на потерпілого.

Призначення покарання відповідно до детермінованої моделі

Детермінована модель призначення покарання фактично полягає у формалізації процесу визначення покарання з меншою вагою суду в цьому процесі. До способів реалізації цієї моделі відносять: закріплення обов'язкових вироків, функціонування комітетів з призначення покарань та вироблення керівних настанов [53, с. 2]. У системі з призначення обов'язкових вироків як правило передбачається конкретний вид покарання і його розмір за вчинений злочин, який підлягає обов'язковому застосуванню [53, с. 7]. Не вдаючись до аналізу таких систем, далі буде сфокусована увага на прикладі держав з функціонуванням комітетів з призначення покарань та виробленням керівних настанов. Прикладом таких держав є США та Англія.

США. У США функціонує так звана Комісія з призначення покарань (Sentencing Commission). Комісія – незалежне агентство в судовій системі – була створена з метою *«зменшення невідповідності вироків та сприяння прозорості та пропорційності винесення вироку»* у 1984 році [66].

До створення цієї Комісії у США, судді мали широку дискрецію щодо призначення вироку, яка обмежувалася лише максимальним терміном, зазначеним у санкціях, а суддя міг призначити будь-яке покарання, яке не перевищувало максимальні межі [68, с. 226]. Однак, тогочасна система піддавалася широкій критиці через неуспішність досягнення мети реабілітації злочинців, невідповідності покарань принципам верховенства права та рівності, занадту м'якість системи призначення покарання [68, с. 227].

Нова система призначення покарань почала повноцінно функціонувати в листопаді 1987 року [69, с. 1]. Противники новоствореної системи подали скаргу до суду про її неконституційність, однак, Верховний суд її відхилив, встановивши, що надаючи повноваження Комісії з призначення покарань як частині судової системи, принцип розділення владних повноважень не було порушено та не було делеговано надмірної законодавчої влади, оскільки судова система уповноважена створювати політики, які стосуються судової сфери [70, с. 412].

Англія. Англія, Шотландія та Північна Ірландія мають різні системи призначення покарання. Для аналізу авторка звертається лише до досвіду Англії,

оскільки в Шотландії вступили в дію настанови з призначення покарання лише у листопаді 2018 року, а система Північної Ірландії має свою специфіку, покарання призначаються з урахуванням настанов, розроблених комітетом з призначення покарань Лорда Головного Судді, що відрізняється від керівних настанов Англії [71; 72, с. 1].

В Англії з другої половини IX століття велися розмови щодо зміни системи призначення покарання, однак, кроків в цьому напрямі було зроблено небагато [72, с. 11]. Лише у 1901 році були введені шість категорій правопорушень [72, с. 11]. І лише після запровадження у 2003 році Закону про кримінальне правосуддя, в Англії було доручено Комітету з призначення покарань розробити відповідні керівні настанови, які були закінчені у 2004 році [73, с. 291]. Напрацьовані рекомендації з призначення покарань піддавалися критиці, оскільки з-поміж іншого не вирішували багато питань (здійснення оцінки вини та шкоди) та стосувалися лімітованої кількості правопорушень [73, с. 292-293]. Тому вже у 2009 році цю систему було реформовано, замінено орган, відповідальний за призначення покарання та напрацьовано нові керівні настанови з призначення покарань [73, с. 291].

Враховуючи вищенаведене, досвід США та Англії цікавий не просто з точки зору формалізованості процесу призначення покарання, а тим, що довгий час суди цих держав мали широку дискрецію з призначення покарань та у цих державах була серйозна проблема розбіжності призначених покарань [74, с. 12-13; 68, с. 227; 72, с. 11].

На роздуми щодо зміни моделі призначення покарання у сторону формалізованої в Україні наштовхують ціла низка вагомих факторів. По-перше, це вже зазначена неоднорідність практики призначення покарання. По-друге, це неефективність протидії злочинності. По-третє, це суттєві недоліки судової системи як такої. Корумпованість суддів, низький професіоналізм не сприяє довірі до судової системи – впевненості в тому, що призначені покарання є справедливими. Тому ставиться під сумнів доцільність і сенс залишати існуючу

модель призначення покарання. Ідею доцільності широкого судового розсуду неможливо розглядати відірвано від стану судової системи.

Про потребу формалізації процесу призначення покарання зазначають і в літературі [75]. Однією з причин складності формалізації призначення покарань вважають множинність суспільних відносин, яку неможливо охопити кримінально-правовими нормами [76, с.154]. З одного боку, цей аргумент звучить доволі переконливо і хочеться з ним погодитися. Щоб погодитися з цим аргументом, у нього фактично закладається логіка, що формалізація процесу призначення покарання має (1) передбачати всі випадки, які впливають на покарання та (2) повністю виключати судову дискрецію як таку. І з цього починається його непереконливість: формалізованість не означає повну вичерпність, яку не можна доповнити або піддати розширеній інтерпритації, а також (як буде видно з Розділу 3) вона ніяк не виключає наявність судового розсуду, його просто звужують та регулюють.

Висновки до РОЗДІЛУ 1

У чинному КК України було створено термінологічну пастку щодо категоризації видів покарань, а саме які види покарань відносяться до категорії «(не)пов'язаних з позбавленням волі». В цю категорію можуть включатися або лише покарання у виді строкового і довічного позбавлення волі, або на додаток ще обмеження волі, арешт та тримання особи в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців. Системний аналіз нормативно-правових актів, які стосуються кримінальних покарань не дає змогу визначити консолідований підхід законодавця до цього питання. Виходячи із суті цих покарань, можна констатувати, що вони однакові за суттю та полягають у обмеженні права на свободу та особисту недоторканість, а основна різниця між ними – у строку, режимі відбування та в суб'єктному складі. Застосовуючи практику ЄСПЛ, можна дійти до висновку, що різниця між ними у ступені та інтенсивності недостатня, щоб не вважати

обмеження волі, арешт та тримання в дисциплінарному батальйоні позбавленням волі.

До того ж, вбачається, що різниця між аналізованими видами покарань та їх однакова суть не достатня для того, аби виділяти їх в окремі види покарань. Це здатне створити невизначеність у правозастосуванні та в принципі суперечить логічному, системному підходу до визначення кримінально-правових норм, коли поняття та його регулювання мають відповідати суті. Тому вбачається доцільним залишити родове поняття покарання у виді позбавлення волі, але натомість передбачити для нього широкий спектр режимів відбування та можливих строків. Це сприятиме послідовності та системності системи покарань та КК України загалом.

Щодо призначення покарань, натеper існує глобально дві моделі: індетермінована та детермінована модель призначення. Для першої характерно надання широкої судової дискреції, коли передбачаються лише доволі загальні правила призначення покарань та широкі межі санкцій. Держави цієї моделі мають проблеми з відсутністю уніфікованості судової практики щодо визначення виду та строку призначених покарань. Однак, можна констатувати, що у Німеччині та Швейцарії передбачені набагато ефективніші запобіжники щодо звуження судової дискреції, ніж в Україні. Натомість, для другої моделі (держави США та Англія) характерна значна формалізація процесу вибору виду та розміру покарання, що вирішує питання уніфікованості судової практики та передбачуваності судових рішень.

РОЗДІЛ 2

МЕТА ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

2.1. Загальні зауваги щодо мети призначення покарання

Авторка цієї магістерської роботи погоджується з думкою низки науковців, що система покарання знаходиться в прямій залежності від його мети, що означає, що мета покарання зумовлює процес його призначення, зокрема, суворість покарань, визначення детермінуючих факторів та їх впливу на покарання [77, с. 67-69; 78, с. 37-38]. Іншими словами, визначення мети покарання мусить бути відправною точкою в процесі напрацювання системи покарання. Більше того, з огляду на мету покарання має регламентуватися і процес відбування покарання. Тобто керуючись системним підходом, мусить бути послідовна мета законодавця, яка пронизує різні аспекти, пов'язані з покаранням. Адже призначення та відбування покарання не можуть бути розірваними процесами, вони взаємопов'язані. Видається помилковим та навіть абсурдним призначати покарання з однією метою, а у процес відбування покарання закладати геть іншу мету. Інакше, це просто непок'єднувані речі. Без системного підходу, який би починався з визначення мети покарання і від неї формування решти процесів, високий ризик отримати хаос і неефективність системи покарання як такої.

Є декілька підходів до питання мети покарання: (1) взагалі її не визначати, а мати визначення мети на рівні доктрини та імпліцитно в нормах кримінального законодавства (як, наприклад, у Німеччині) та (2) передбачити на законодавчому рівні (як, наприклад, у КК України). Безвідносно до конкретної форми закріплення мети покарання, її розуміння все одно має бути усвідомлене та пропрацьоване законодавцем.

Натепер науковці виділяють три загальні мети покарання: кара, виправлення (тобто реінтеграція засудженого у суспільство та формування нових ціннісних орієнтирів) та превенція нових злочинів з боку засудженого та з боку

інших осіб [45, с. 332-335]. Іноді цей перелік можуть розширювати, наприклад, метою стримування, але ці три мети завжди згадуються.

Кара. В другій половині ХХ століття, багато науковців змінили своє ставлення щодо мети покарання. Якщо до цього у боротьбі із злочинністю пріоритетними були намагання виправити особу шляхом гарного до неї ставлення та м'яких покарань, то в 1970-тих роках заговорили про зміну напрямку покарання, а саме про кару як основну мету [79, с. 133]. Змістом кари як мети покарання є справедливість: справедливість для жертви та її родини, для законослухняних громадян та для самого злочинця (так зване «*право бути покараним пропорційно до злочину*») [77, с. 73]. При цьому, А.А. Музика та О.П. Горох наголошують, що кара не може бути помстою за вчинений злочин [76, с. 22-24.].

Вираженням впливу каральної мети на призначення покарання є те, що таке покарання має бути пропорційним вині особі, а також те, що за умови однакового ступеня вини за однакові діяння мають призначатися однакові покарання [77, с. 68]. Для призначення покарання відповідно до каральної мети важливі не лише вина особи (її мотиви, мета та здатність дотримуватися закону, наприклад, відсутність неосудності), а також природа та тяжкість шкоди [77, с. 73].

Натепер є багато критики каральної мети покарання як центральної. Серед недоліків каральної мети називають ситуацію, коли призначатимуть ув'язнення особі, для якої це буде хоч і пропорційне покарання, але погіршить таку особу, оскільки до ув'язнення ризику, пов'язані з нею були мінімальні [77, с. 75, 76]. Таким чином, покарання, призначене відповідно до засадничої мети – карати злочинців за діяння часто не здатне у довгостроковій перспективі захистити суспільство від такого злочинця.

Р. Фрейз зазначає, що держави по всьому світу не обмежуються караністю як єдиною метою покарання, а радше використовують концепцію лімітованої кари [77, с. 76; 80], відповідно до якої покарання може призначатися з огляду на інші цілі покарання додатково до кари, якщо це необхідно. Суть цієї концепції в тому, що караність відображається у верхній та нижній межі покарання, а конкретний строк призначається з огляду на інші цілі [77, с. 76-78]. Тобто, це такий собі симбіоз

мети покарань, коли важливим є кара за вчинений злочин, при цьому покарання може призначатися з огляду на необхідність та можливість виправлення такої особи під час відбування цього покарання. Загалом цей підхід виглядає гарним компромісом між двома підходами: покарати за вчинене зло та виправити. Однак, цей підхід не враховує того, що встановлені межі в санкції можуть самі по собі завадити виправленню особи.

Виправлення. Ключовою ідеєю щодо виправлення як мети покарання є те, що особа має успішно реінтегруватися назад у суспільство після відбуття покарання, що має зменшити рівень злочинності, оскільки за умови успішної реінтеграції, ця особа не вчинятиме нового злочину [81, с. 5].

Вираженням впливу мети виправлення засудженого є надання широкої дискреції суддям призначати покарання відповідно до кожної конкретної справи [77, с. 70-71]. З цього можна констатувати, що для призначення покарання з метою виправлення, не підходить формалізована система, адже вона не завжди здатна врахувати можливість виправлення особи, оскільки останнє – дуже індивідуальне питання, яке нерозривно пов'язане з конкретною особою. Саме проблеми з сильною індивідуальністю, пов'язаною з виправленням особи і спонукали багатьох відмовитися від цієї концепції як мети покарання [77, с. 71].

Далі цю мету можливо ефективно реалізувати при відбуванні покарання [77, с. 70-71]. І в цьому деякі науковці вбачають проблемність цієї мети: що виправлення може відбуватися під час виконання покарання, але не призначення [45, с. 335; 82, с. 23; 83, с. 82-83]. З цим можна посперечатися, оскільки процес виправлення винної особи неможливий без притягнення її до відповідальності, себто від призначеного покарання і залежить наскільки ефективним буде виправлення. Надмірно суворе чи м'яке покарання порівняно з вчиненим злочином та злочинцем явно не відповідатимуть цій меті. Знову ж таки ці питання – один комплексний процес, а тому помилковим було б виділяти покарання від його відбування в контексті мети.

На підтримку позиції щодо неможливості виправлення наводять низку досліджень проведених в середині XX століття, зокрема, у США та у

Скандинавських країнах, в результаті яких було встановлено, що програми реабілітації (виправлення) засуджених при виконанні покарань неефективні (або щонайкраще низько ефективні) [74, с. 10-11]. Хоча натеper науковці позитивніше налаштовані щодо можливості виправлення засуджених, зважаючи на низку програм, які показують ефективність у досягненні цієї мети. Тому, на думку М. Тонри, варто приділити увагу розвитку цих програм, забезпечити їх деталізацію [84, с. 33-34, 45].

Превенція нових злочинів. Ч. Беккарія ще у 1764 році у роботі «Про злочини і кару» сформулював, що: *«[М]ета покарання відповідно полягає ні в чому іншому як в попередженні нових діянь злочинця, які наносять шкоду його співгромадянам та у стримуванні інших від подібних дій. Тому слід призначати такі покарання і такі способи їх виконання, які будучи адекватними вчиненому злочину, справляти найбільш сильне та найбільш тривале враження на душі людей і не спричиняли злочинцю значних фізичних страждань»* (пар. XII) [85]. Тобто, Ч. Беккарія наголошував, що покарання мусить бути адекватним вчиненому, впливати на інших осіб та не завдавати надмірних страждань, і лише таке покарання здатне досягнути превентивну мету покарання. Про те, що *«найсильніше обмеження злочинів з можливих для людини»* є кінцевою метою покарання та є характерною для всього світу було зазначено і Е. Рафтером у 1922 році [86, с. 594]. Тобто, ідея, що превенція нових злочинів є надважливою метою покарання, побутує серед науковців дуже давно. І ця ідея вбачається слушною.

Зважаючи на те, що мету покарання як і його систему визначає саме держава, то доцільно виходити саме з завдань, які ставляться перед державою. Видається слушною ідея Е. Ешворта, що одним із головних пріоритетів держави є недопущення вчинення злочинів, забезпечення безпеки для суспільства та одночасно справедливе ставлення до осіб, які вчинили злочини. Саме тому держава має імплементувати такі політики та регулювання, які б як найефективніше протидіяли вчиненню нових злочинів. І хоча науковець вказує на необхідність відокремлення мети кримінально-правової політики як такої та призначення покарання [87, с. 75-76], вбачається доцільним відштовхуватися від цього завдання

і для визначення мети покарання. Адже покарання – один із безпосередніх компонентів боротьби із злочинністю. Натомість, бажання відплати (чим по суті є мета кари – «retribution») за вчинення злочину не може бути рушійним для держави. Зазначене означає, що пріоритетом держави мала б бути превенція вчинення нових злочинів як мета покарання. А концентрація лише на карі чи навіть на виправленні конкретної особи не дозволить повною мірою реалізувати ідею протидії вчиненню нових злочинів. Тобто, це є комплексним завданням держави і знову ж таки вимагає від держави системного підходу.

Деякі науковці імпліцитно вказують, що превенція злочинам доволі загальна та неконкретизована мета, а тому важко досяжна, через це різні аспекти кримінально-правової політики можуть мати різну мету [87, с. 75], а деякі взагалі вказують про доцільність передбачати декілька цілей покарання, аби мати гнучкість при призначенні покарання, щоб врахувати всі важливі аспекти (вину та особисті обставини) [77, с. 67]. Попри це, вбачається, що системний підхід вимагає все ж не розпорошення на різні пріоритети, а концентрацію на одному (та ж мета) і від цього рухатися до визначення елементів такої мети. Тобто, цілком розумно припустити, що превенція досягається різними засобами і є всеохоплюючим поняттям. Окрім того, ця мета настільки ж загальна як і кара чи виправлення особи.

Превенція вчинення нових злочинів по суті може об'єднувати елементи, притаманні іншим цілям покарання. І таке її застосування буде відповідати системному підходу до призначення покарань. Так, превенція має включати справедливість та пропорційність покарання (пар. XII) [85]. Особа знаючи, що її покарають, і це покарання буде справедливим і пропорційним до вчиненого, буде менш схильна вчиняти нові злочини, що загалом сприяє контролю над вчиненням злочину [77, с. 70, 74-75]. Також складовими ефективної політики превенції називають, зокрема, стримування від вчинення нових злочинів, ізоляцію особи від суспільства, її виправлення та моральне виховання [84, с. 27-34]. Тобто, превенція злочину – це якоюсь мірою симбіоз кари та виправлення особи, просто вони не є центральними для призначення покарання, а грають допоміжну роль. Наприклад,

кара проявляється великою мірою в невідворотності покарання, яку справедливо вважають важливим елементом стримування [84, с. 28].

Превенція як мета покарання не є позбавленою сумнівів. Так, Р.Ш. Бабанли наводить думку науковця Е. Ешворта, що ставить під сумнів вплив призначених покарань на рівень злочинності, оскільки останнє – доволі багатогранне явище [54, с. 19-20; 87, с. 381]. Так, дійсно злочинність викликана різними факторами, але якщо можна знизити її рівень хоча б трохи, то такі засоби мають застосовуватися. Окрім того, варто усвідомлювати, що запобігання вчиненню нових злочинів не може бути лише завданням кримінально-правового характеру, для цього важливі також соціально-економічні чинники (рівень життя, рівень освіченості, зайнятості тощо). Зрештою, кримінально-правові заходи – це боротьба з наслідками, тоді як варто не забувати протидіяти першопричинам вчинення злочинів.

Превенцію вчинення нових злочинів через засудження до позбавлення волі вважають неефективною через те, що система відбування покарання радше спонукає до вчинення нових злочинів [45, с. 332-335; 88]. Саме через це важливим елементом превенції є врахування можливості виправлення особи призначеним покаранням, а також врахуванням ознак особи. Що означає, що далеко не всім злочинцям варто призначати покарання у виді позбавлення волі. Окрім того, превентивну функцію може виконувати і ув'язнення, оскільки на час відбування покарання особа ізолюється від суспільства, а значить не може йому нашкодити. При цьому є вирогідність того, що факт відбування покарання стримуватиме таку особу від вчинення злочинів і надалі. Звісно, не виключається те, що деякі особи не підлягають виправленню, а їх перебування у суспільстві становить значний ризик вчинення злочинів, але для таких випадків і передбачене довічне позбавлення волі. Зрештою, винятки лише підтверджують правила.

Деякі науковці вважають, що чим суворіше покарання, тим більше воно є стримуючим фактором від вчинення нових злочинів [76, с. 25]. Якщо б ця позиція була виправдана, то у такому випадку, всі тяжкі злочини мали б зникнути через застосування позбавлення волі, так само як і не мало б бути такого явища як рецидивізм серед засуджених до позбавлення волі.

Прийняття цієї позиції означало б також і те, що варто призначати покарання у виді позбавлення волі в якомога більшій кількості випадків, що також дуже спірна ідея. М. Тонри, критикуючи масове ув'язнення, висловив позицію, що забравши одного злочинця (тобто, ув'язнивши його), на його місце прийде інша людина, що доводить неефективність масового ув'язнення для зниження злочинності. Він також артикулював пропозицію, щоб ув'язнення було селективним, тобто не застосовувалося до всіх злочинців, а лише у виняткових випадках. За статистикою рівень злочинності впав майже однаково як в США, де практикують масові ув'язнення, так і в Канаді, де подібна практика відсутня [84, с. 30-32].

Вбачається, що в питанні превенції нових злочинів варто змінити акценти. Ключовим є саме невідворотність покарання за вчинений злочин. Цю ідею ще відстоював Ч. Беккарія, зазначаючи, що невідворотність покарання є ключем для ефективного попередження вчинення нових злочинів, адже саме усвідомлення невідворотності покарання (навіть м'якого) стримує найкраще від вчинення злочину (пара XXVII) [85]. Цю саме ідею фактично висловлюють і інші науковці, зазначаючи, що метою кожної системи кримінального правосуддя є забезпечення того, що злочинців буде притягнуто до відповідальності та те, що невинуваті будуть виправдані [66].

Натепер науковці та представники міжнародних організацій наголошують на тому, що покарання у виді позбавлення волі є неефективним для протидії злочинності та реінтеграції засуджених осіб [6; 89, с. 33; 90, с.13]. Наприклад, відповідно до статистики, близько 30% осіб в Україні засуджувалися до позбавлення волі більше двох разів, другий з яких був за вчинення неоднорідного злочину [90, с. 10-11].

У зв'язку з цим, у літературі звертають увагу на необхідність якщо не відмови, то максимально можливого зниження випадків призначення особі покарання у виді позбавлення волі, натомість призначаючи альтернативні покарання або, якщо і позбавлення волі, то за крайньої потреби та на якомога коротший строк [89, с. 25, 33; 91]. Ці дискусії повертають до питання відповідності

системі призначення покарання її меті та відкривають окрему дискусію щодо того яке покарання найкраще здатне досягнути окреслену мету. Відповідь на друге питання може бути отримана лише шляхом комплексного дослідження кримінально-правового, кримінологічного та навіть психологічного характеру з дослідженням великої кількості матеріалів, опитуванням засуджених та проведенням групою експертів. Дати вичерпну відповідь на перше питання також непросто, однак, можливо отримати такий собі поштовх для подальшого аналізу шляхом дослідження актуального регулювання і практики призначення покарання, але знову ж таки, після дослідження мети, яка закладалася законодавцем.

2.2. Мета покарання за кримінальним правом України

Українське законодавство виділяє три складові мети покарання: кара, виправлення засуджених та запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами (ч. 2 ст. 50 КК України). Задекларовані запобігання вчиненню нових злочинів та виправлення знайшли своє відображення в загальних засадах призначення покарання. Так, ч. 2 ст. 65 КК України вимагає, щоб призначене покарання було необхідним і достатнім для виправлення особи і попередження нових злочинів.

Термін «складові мети» вжитий не дарма і не лише через те, що стаття оперує терміном «мета покарання» в однині. Вбачається, що некоректно розглядати різні цілі (як синонім мети [92]) покарання, відтак, мета покарання повинна бути єдиною. Про єдиність мети зазначали також і А.А. Музика та О.П. Горох, оскільки «[3]астосовуючи покарання до винного, суд прагне досягти мети покарання в цілому, а не окремих її складових» [76, с. 19]. І якщо до дійсних намірів суддів при призначенні покарання можна ставитися скептично, адже подеколи складається враження, що єдиною метою покарання є саме кара, то з боку законодавця вкрай нелогічно та нерозумно було б розділяти ці три цілі. Це знову ж таки повертає до системного підходу при формуванні системи призначенні покарання. При розділенні цих цілей було б незрозуміло яким чином їх досягати в

кожній справі, в яких випадках варто звертати увагу на яку мету, як розділяти покарання в контексті їх відповідності певній мети. Мета покарання мусить бути або одна, якщо цілей декілька, то і досягнути їх можливо різними способами і шляхами. Останнє грубо порушувало б принцип правової визначеності, оскільки при призначенні, звільненні та відбуванні покарання було б незрозуміло яка мета в якому випадку мала би переслідуватися. Тому важливо мати системне визначення мети, щоб її досягнення не стало ілюзорним.

Варто відзначити, що ідея єдності мети покарання дещо суперечить позиції Конституційного Суду, який зазначив, що для правової держави покарання є перш-за все виправним і превентивним засобом, для чого мають використовуватися необхідні та зумовлені метою заходи [93]. Ця позиція Конституційного Суду викликає двоякі коментарі. З одного боку, варто погодитися, що центральним для покарання має бути саме превенція нових злочинів, можливо і виправлення, але аж ніяк не кара. Ставити центральним елементом кару – деструктивно, адже це реагування на вже спричинену шкоду. Натомість, превенція і виправлення – конструктивно, оскільки це тягне за собою заходи, спрямовані на протидію майбутнім злочинам, на перешкоджання завданню шкоди у майбутньому. З іншого боку, тлумачення Конституційного Суду або прямо суперечить положенням чинного законодавства, яке при цьому не визнається неконституційним, або є концептуально неправильним, якщо стосується існуванню декількох цілей, а не складових мети покарання. Окремо варто відзначити, що така невизначеність з боку Конституційного Суду не сприяє системному правозастосуванню.

Більше того, у зазначенні трьох складових мети покарання закладена хиба в законодавчому формулюванні. Так, законодавець визначив три напрями як мету покарання, однак ніяк не пояснив яким чином вони співвідносяться, як обирати між карою злочинця, якщо ця кара може запобігти його виправленню та скоріше призведе до вчинення нових злочинів? Вбачається, що при формулюванні мети законодавець вирішив або віддати широкі можливості суду, відповідно до розсуду якого і визначати напрям покарання у кожному випадку, або змусити суд враховувати всі три напрями при визначенні покарання. У першому випадку, це

загрожує не лише надмірно неоднорідною практикою, а і відверто помилковими рішеннями, непропорційними та несправедливими. У другому випадку, це ілюзорна вимога, особливо за відсутності будь-яких роз'яснень та критеріїв.

З огляду на це та на вимогу правової визначеності, є сенс переглянути підходи до визначення мети покарання, щоб далі системно підходити до питання призначення покарання.

2.3. Мета покарання за кримінальним правом Німеччини та Швейцарії

Німеччина

На відміну від українського кримінального законодавства, німецьке не містить зазначення мети покарання.

Раніше (ще у 1923/1929 роках) німецьке кримінальне законодавство прямо визначало метою ув'язнення (офіційно використовувався термін «imprisonment») виправлення (перевиховання) засудженого [94, с. 875, 889]. Загалом, на думку В. Генц, ідея виправлення та перевиховання злочинців через покарання, зокрема, у результаті ув'язнення має давні коріння [94, с. 875, 889].

Сучасний КК Німеччини заснований на декількох концепціях покарання, що визнається і німецькими науковцями, і було підтверджено Конституційним судом. Такими концепціями є *«караність, стримування, а також індивідуальна превенція та «позитивна загальна превенція»* та соціальна реінтеграція [95, п. 5; 96; 97; 98; 99; 100, с. 152]. Дотепер серед німецьких науковців та суддів відбуваються дискусії яка з концепцій є домінуючою (позитивна загальна превенція, кара злочинця чи соціальна реінтеграція) [101, с 699-701; 102, с. 39; 100, с 152].

Позитивна загальна превенція. М. Даббер зазначає, що у результаті поєднання німецькими юристами різних теорій та суперечностей щодо мети покарання утворилася концепція теорії позитивної загальної превенції. Цією концепцією було вирішено дилему неможливості покаранням виправити конкретного злочинця. Так, було вирішено, що якщо покарання не може виправити

конкретного злочинця, тоді нехай воно буде спрямоване на недопущення того, щоб інші особи ставали злочинцями. Тобто, превенція вчинення нових злочинів спрямована на все суспільство. Вона стосується саме превенції, а не раніше відомої концепції стримування від вчинення нових злочинів [101, с 699-701].

Т. Вейгенд узагальнив концепцію німецької доктрини загальної превенції як впевненість суспільства у тому, що злочинець отримає саме таке покарання, яке відповідає його вині. Науковець наголошує на важливості відповідності покарання вчиненому, а не на його суворості [102, с. 71, 76]. В цьому контексті гарно видно як одні і ті ж характеристики (пропорційність) присутні різним цілям покарання (пропорційність як основа кари).

Індивідуальна превенція. Превенція вчинення нових злочинів як мета призначення покарання проявляється також через можливість зупинення відбування покарання у виді ув'язнення, якщо є причини думати, що вирок сам по собі достатній для засудженої особи не вчиняти більше злочини навіть без відбування покарання (секція 56) [163]. Превенцію вчинення нових злочинів засудженою особою часто прирівнюють з метою виправлення такої особи. М. Арслан зазначає, що ця мета є другорядною та те, що можливість її досягнення через покарання в принципі сумнівна [64, с. 15]. Окрім того, відповідно до цієї концепції зовсім не зрозуміло яким чином треба рахувати конкретний строк призначення ув'язнення [64, с. 17]. Кримінальне законодавство Німеччини виділяє окремі заходи (які не відносяться до видів покарання), спрямовані виключно на зміну та реабілітацію особи (Глава 6 КК Німеччини). Що додатково показує, що реабілітація не є центральною метою при призначенні покарання.

Караність. Той факт, що вина є підставою для застосування покарання, часто використовують і для аргументів про його каральну мету [103, пар. 45-494; 104, пар. В.І.1.а; 64, с. 13; 102, с. 71]. Окрім того, німецький Конституційний Суд наголосив, що *«метою кримінального процесу є виконання права держави карати в інтересах захисту правових інтересів людей та суспільства»* [104, пар. В.І.2].

Соціальна реінтеграція. С. Мейєр виводить соціальну ресоціалізацію як мету покарання в Німеччині, зокрема, з Закону про виконання тюремних покарань

і заходів щодо реформування та попередження, пов'язаних з позбавленням волі, наскрізною метою якого є реінтеграція засуджених. Відповідно до цього закону, виконання покарання у виді ув'язнення має сприяти реінтеграції особи (частина 3 секції 3) [105]. Також авторка зазначає, що мета реінтеграції була визнана та закріплена відповідно до рішення Федерального конституційного суду Німеччини у 1973 році, в якому було наголошено на праві на реінтеграцію засудженого (пункт 5(b) [106]. Зasadничим для цього було право на повагу людської гідності та те, що реінтеграція має бути кінцевою метою системи покарання. Посилаючись на рішення Федерального Конституційного суду Німеччини, авторка пояснює, що реінтеграція – позитивне право на державні дії та допомогу, особливо щодо виконання покарань у виді ув'язнення, зокрема, умов ув'язнення, винагороду за роботу, відпустки тощо [100, с. 152-153].

Важливість цієї мети підтверджується секцією 46 КК Німеччини, де прямо передбачено, що при призначенні покарання суд має звертати увагу який ефект матиме покарання на майбутнє життя злочинця у суспільстві, що фактично означає звернення уваги на можливість його реабілітації.

Швейцарія

Аналогічно до німецького, кримінальне законодавство Швейцарії не містить прямої норми щодо мети покарання або мети його призначення. Однак, системний аналіз положень КК Швейцарії дозволяє зрозуміти пріоритети, на які спрямована кримінально-правова політика Швейцарії.

Реабілітація та реінтеграція. Реабілітація, реінтеграція засудженого до відбування покарання є наскрізними лініями всього швейцарського кримінального законодавства.

Відповідно до статті 71.5 КК Швейцарії, суд може відхилити клопотання держави про компенсацію майна винної особи, яке неможливо конфіскувати, якщо така компенсація серйозно вплине на можливість реабілітації особи.

Важливість реабілітації злочинців прослідковується і в інших нормативно-правових актах. Промовистим прикладом є Федеральний закон про міжнародну взаємодопомогу у кримінальних справах. Відповідно до цього закону, екстрадиція злочинців великою мірою залежить від можливостей для їх реабілітації. Особу може бути видано за злочин, який підпадає під швейцарську юрисдикцію, якщо є можливість кращої соціальної реабілітації для цієї особи в державі, яка запитує її екстрадицію (ч. 1 ст. 36) [107]. Аналогічно, в екстрадиції може бути відмовлено серед іншого через кращі можливості для соціальної реабілітації особи в Швейцарії (ч. 1 ст. 37). А якщо запит про екстрадицію надійшов від декількох держав, можливість соціальної реабілітації – один із детермінуючих факторів для вибору місця екстрадиції (ч. 2 ст. 40).

Стаття 75.2(2) КК Швейцарії передбачає, що *«виконання покарань повинно сприяти поліпшенню соціальної поведінки ув'язнених, зокрема, їх здатності прожити своє життя без повторного вчинення злочину»*. Більше того, якщо особу, яку було достроково або остаточно звільнено від відбування покарання у виді позбавлення волі, після звільнення було засуджено до ще одного позбавлення волі, від виконання такого вироку відмовляються, з-поміж іншого, якщо реінтеграція засуджених до позбавлення волі опиниться під загрозою (ст. 75.2(6.c) КК Швейцарії). У випадку, коли засуджена особа до позбавлення волі демонструє задовільну поведінку та від неї не очікується вчинення нових злочинів чи переховування від правоохоронних органів, така особа отримує додаткові права, наприклад, її відпускають на денну роботу чи на проживання за межами в'язниці (ст. 77.а.2 КК Швейцарії). Як бачимо, КК Швейцарії побудовано таким чином, щоб покарання призводило до повернення злочинця до «нормального» життя.

Процитовані норми можуть створити враження, що реінтеграція є метою здебільшого виконання покарання, однак, швейцарські судді схильні враховувати потреби подальшої реінтеграції злочинця при призначенні йому остаточного покарання, хоча це і не висувається як вимога у законі [56, ст. 30].

Превенція. Якщо є серйозні очікування щодо повторного вчинення вбивства, серйозного нападу, зґвалтування, пограбування, взяття заручників,

підпалу, загрози життю або іншого злочину, за яке передбачене позбавлення волі з максимальним строком у 5 років і більше років та яке завдало або має намір завдати серйозної шкоди фізичній, психологічній чи сексуальній цілісності іншої людини або якщо особа страждає на довготривалі та тяжкі психічні розлади, а лікування не передбачає успіху, тоді дозволяється ув'язнення на невизначений термін (ст. 64.4 КК Швейцарії). Хоча ці норми піддаються серйозній критиці [108], можна вести мову про мету запобігання вчинення нових злочинів та намагання відокремити злочинця від суспільства поки ризик вчинення ним злочинів зберігається.

Ірен Марті пов'язує збільшення випадків призначення покарання з невизначеним терміном із зміщенням в сторону каральності та суворості призначених покарань. На її думку, це було спровоковано збільшеним запитом на безпеку суспільства [108, с 68-69]. Критика невизначених термінів позбавлення волі зрозуміла, адже це торкається фундаментальних прав людини, а засуджена особа позбавляється права знати протягом якого строку буде обмежена у праві на свободу та особисту недоторканість [108, с 68-69]. Ситуацію рятує напевно лише ймовірність високої правової культури з боку швейцарських суддів, що теоретично може мінімізувати помилковість та несправедливість призначених невизначених термінів.

2.4. Мета покарання за кримінальним правом США та Англії

США

Варто відзначити, що мета покарання визначалася в США в різні періоди кардинально по-різному. До 1949 року центральною метою покарання в США була кара злочинця [109, с. 6]. Однак, у 1949 році Верховний Суд постановив, що *«кара вже не є домінуючою метою кримінального закону. Реформація та реабілітація правопорушників стали важливими цілями»*, і рішення визначило подальшу направленість системи покарань США, де центральною стала мета реабілітації злочинців [110, с. 248; 109, с. 6]. Приблизно протягом 1970-тих років у США ця

концепція почала втрачати свої позиції разом із концепцією, щодо мети превенції вчинення нових злочинів (як індивідуальної, так і загальної). Це зумовлювалося низкою причин, однією з яких стала їх неефективність, що проявлялося у рівні рецидивізму та фактичній відсутності превенції вчинення нових злочинів [111]. Натомість, почала переважати ідея, що найефективнішим способом зменшити злочинність – це спрямувати покарання на ізоляцію злочинця від суспільства [111]. Це спричинило зростання кількості засуджених до позбавлення волі [111]. Далі ці ідеї сформувалися у домінуючу нині концепцію розуміння мети покарання як кари злочинця та його недієздатності [111].

Деякі науковці заперечують наявність центральної мети, яка б пронизувала весь процес призначення покарання. Р. Фрейз зазначив, що через відсутність наскрізної ідеї в Федеральних рекомендаціях, процес призначення покарання натеper не більш уніфікований, аніж був раніше [77, с. 69]. Однак, з проаналізованої літератури, цей висновок радше виняток, аніж правило.

Кара. Доктрина обґрунтовувала кару як мету покарання принципом справедливості, коли особа отримує покарання з огляду на свою вину та вчинений злочин [111]. Тобто, сформувалася концепція, що покарання мусить бути справедливим [111; 77, с. 68].

У роки панування концепції реабілітації як мети покарання, саме покарання містило невизначені строки, таким чином надаючи суду широку дискрецію при виборі доцільного для реабілітації покарання [111]. Дискреція суддів обмежувалася лише максимальним терміном, зазначеним у санкціях [68, с. 226]. Однак, ця практика була кардинально змінена з переорієнтацією на караність та справедливість покарання із створенням Комісії з питань призначення покарань та Федеральних настанов щодо призначення покарання, які передбачають якраз суворо формалізований процес призначення покарання [111]. Вказане є яскравою ілюстрацією як змінюється вся система призначення покарання із зміною його мети.

Стимування. Додатковою до караності стоїть мета стимування від вчинення нових злочинів. Дж.В. Бредлі наголошує на можливій та бажаній

співпраці караності та стримування як мети покарання, вважаючи що реалізуючи караність, в принципі можливо реалізувати стримування від вчинення нових злочинів. Більше того, на думку автора, ідея стримування від нових злочинів виправдовує призначення довгострокових вироків до позбавлення волі [112, с 116-118, 120-122]. Ця ідея напевне віддзеркалюється і в Федеральних рекомендацій, оскільки останній передбачають максимально можливе строкове позбавлення волі до 405 місяців [162].

Реабілітація. Нормативно-правових актах та судова практика послідовні у запереченні такої мети покарання у виді позбавлення волі як реабілітація.

По-перше, кодекс 28 U. S. C. §994(k), який регулює дії Комісії з призначення покарань, зобов'язує Комісію *«гарантувати, що вказівки відображають недоцільність призначення покарання у виді позбавлення волі з метою реабілітації підсудного або надання підсудному необхідної освітньої чи професійної підготовки, медичної допомоги чи іншого виправного лікування»* [113]. Також відповідно до 18 U.S. Code § 3582, покарання у виді позбавлення волі не є доцільним засобом сприяння виправленню та реабілітації засудженого [114]. Принагідно варто зазначити, що з огляду на формулювання цього положення, реабілітація особи повністю не виключається як мета покарання як такого, лише в контексті позбавлення волі.

Наведені положення переглядалися Верховним Судом США у 2011 році у справі Тапія проти США. Верховний Суд протлумачив ці норми як такі, що стосуються і призначення позбавлення волі як виду покарання, і призначення конкретного строку позбавлення волі. Верховний Суд вказав, що ці норми фактично забороняють (1) Комісії рекомендувати покарання у виді позбавлення волі у зв'язку з потребою реабілітації засудженого та (2) суду розглядати ці потреби, щоб призначити або продовжити термін ув'язнення під час вибору вироку (ч. III А) [115].

Англія

Англійська система – єдина з порівнювальних в цій магістерській роботі (крім України), яка формулює мету призначення покарання на законодавчому рівні, а не лише на рівні доктрини. Закон про кримінальне правосуддя від 20 листопада 2003 року, який регулює основні засади кримінального правосуддя, встановлює, що будь-який суд при винесенні будь-якого судового наказу щодо злочинця стосовно вчиненого ним злочину, що відповідно включає в себе і призначення покарання, мусить врахувати такі цілі: (1) кара злочинців; (2) зменшення злочинів, зокрема, шляхом стримування; (3) зміна та реабілітація злочинців; (4) захист суспільства та (5) репарація потерпілим з боку злочинців (секція 142) [116]. Законом у секції 142 встановлено виняток з цього правила, коли справа стосується (1) злочинців до 18 років (за секцією 142А щодо злочинців віком до 18 років додатково наголошено про важливість недопущення повторного вчинення злочинів); (2) злочинів, за які законом передбачаються фіксовані покарання; (3) щодо рішення про видачу лікарняного наказу відповідно до частини третьої Закону про психологічне здоров'я та (4) щодо злочинів, за вчинення яких різними законами передбачено мінімальне покарання. Відповідно до пояснювальної записки до Закону про кримінальне правосуддя, в цьому законі вперше було визначено мету покарання (ч. 12 пар. 54) [117].

Пояснювальна записка до цього закону наводить приклади співвідношення мети покарання як такої та конкретних видів покарань. Покарання у виді «тримання під вартою» складалося із ув'язнення строком до трьох місяців, що було виконанням мети кари, а далі передбачався нагляд громади на довший строк, що було виконанням репараційної та зменшувальної мети (ч. 12 пар. 62) [117]. Комітет з призначення покарань роз'яснив суть деяких із заявлених цілей покарання: (1) кара може стосуватися ув'язнення, неоплачуваної роботи, сплата штрафу; (2) зміна та реабілітація – вимоги пройти лікування проти алкогольної чи наркотичної залежностей; (3) захист суспільства – ув'язнення злочинців, обмеження їх діяльності; (4) репарація – компенсації шкоди, принесення вибачення потерпілим [118].

Таким чином, можна констатувати, що англійське законодавство пішло шляхом закріплення множинності доволі різних цілей покарання. Цікаво, що система кримінальних покарань і їх призначення в Англії формувалася майже паралельно з США, але не було перейнято ідею про пріоритет кари як мети покарання, офіційно закріпивши і інші цілі [79, р. 133]. Попри зазначене, варто зробити декілька коментарів щодо розвитку ідеї мети покарання на теренах Англії протягом XX століття та дотепер.

До другої половини XX століття серед англійців побутувала ідея, що засобом ефективної боротьби із злочинністю є зміна злочинців. Після 1970-тих років все більшої популярності почала набувати ідея караності [79, р. 133]. При цьому, на відміну від США, перехід до підвищеної караності відбувався значно повільніше і не без дискусій. Остаточна зміна акцентів на каральну мету покарання відбулася приблизно в 1990-ті роки. Зміна в сторону каральності злочинців частково спровокувала збільшення чисельності осіб, засуджених до ув'язнених та збільшення строку ув'язнення [119, с. 434, 442]. Тренд на суворі покарання та пріоритет ув'язнення поширився навіть на неповнолітніх: покарання, пов'язані з позбавленням волі призначали навіть особам віком від 12 років [119, с. 439]. Варто відзначити, що відповідно до тогочасного регулювання, покарання у виді ув'язнення могло призначатися виключно, якщо вчинений злочин був настільки тяжким, що лише ув'язнення було виправданим (ст. 1(2)(а) [120]. Це віддзеркалювало наскрізну ідею того, що покарання мусить бути пропорційним вчиненому злочині [119, с. 437].

Панування каральної мети як єдиної не протривало довго. Вже у 1993 році відбулося фактичне повернення до мети стримування, але караність все ще зберігала свої домінуючі позиції [119, с. 438-439]. На початку 2000-них років почали з'являтися ідеї щодо зміщення акцентів в бік потерпілих від злочинів та можливостей для них отримати компенсацію від самих злочинців [119, с. 442]. Також паралельно вживалися різні заходи щодо зменшення випадків призначення покарання у виді ув'язнення або розвитку концепції відновного правосуддя [119, с. 458].

Таким чином, можна констатувати, що секція 142 Закону про кримінальне правосуддя, яка визначає мету покарання, фактично ввібрала в себе всі ідеї щодо можливої спрямованості покарання, які переважали на момент створення нової системи призначення покарання.

Висновки до РОЗДІЛУ 2

Для оцінки та дослідження системи призначення покарання, зокрема, у виді позбавлення волі, необхідно зрозуміти яка мета призначення покарання характерна для досліджуваної держави. Відповідно до вимог системного підходу, мета покарання має стати початком формування всієї системи покарання, її видів, розмірів, детермінуючих факторів, умов відбування. При цьому надважливо чітко усвідомлювати яким чином можна досягнути пріоритетну мету, без цього не побудувати ефективну систему покарання.

Натепер відсутній як консенсус серед науковців, так і уніфікований підхід в різних державах щодо визначення яка мета у покарання. Серед найбільш поширених та загальних цілей покарання виділяють: кару, виправлення, превенцію вчинення нових злочинів (як самим злочинцем так і іншими людьми). Однак, дискусії щодо їх доцільності та досяжності досі не вщухають. Тому сформувалася практика передбачення множинності цілей покарання. Такий підхід є суперечливим, оскільки нема чіткого розуміння як одночасно можна досягнути доволі різних цілей одним призначенням покаранням. Виокремлення різних цілей для різних видів покарань вбачається помилковим, оскільки порушує принцип рівності та системного підходу до конструювання інституту покарання. З усіх названих цілей покарань найбільш всеохопною є превенція нових злочинів, оскільки єдина може комбінувати в собі елементи інших цілей покарання.

Після аналізу мети покарання серед досліджуваних держав можна констатувати, що:

- після розчарування у досяжності мети реабілітації та превенції відбувається переорієнтація на кару як основну мету покарання;
- елементи та характеристики різних цілей покарання переплітаються між собою (наприклад, наявність принципу пропорційності покарання вчиненому);
- прямо визначають мету покарання в законодавстві лише Україна та Англія;
- множинність цілей як складової мети покарання характерна для всіх порівнювальних держав, окрім США та (імпліцитно) Швейцарії, в яких прослідковується один напрям при призначенні покарання;
- у державах з множинністю цілей покарання не передбачені жодні рекомендації яким чином можливо досягнути окреслену мету;
- переорієнтація на мету кари в США спровокувала появу формалізованої системи призначення покарання, основою якої є справедливість та однорідність призначених покарань;
- досягнення мети в Швейцарії відбувається переважно завдяки зверненню уваги на можливість реабілітації винної особи;

РОЗДІЛ 3

ВИЗНАЧЕННЯ СТРОКУ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

3.1. Правова визначеність та справедливість як наскрізні категорії призначення покарання у виді позбавлення волі

Правил призначення покарання може бути доволі багато, вони можуть відрізнятися від держави до держави. Однак, є дві глобальні ідеї, які пронизують весь процес призначення покарання у кожній державі. Перша – усе законодавство щодо призначення покарання має відповідати принципу правової визначеності, аби таке законодавство було прийнятною підставою для призначення покарання. Друга – призначене покарання у виді позбавлення волі в кожному випадку має бути справедливим.

Відповідність положень щодо призначення покарання принципу правової визначеності

Для законності призначення покарання, яке стосується обмеження права на свободу і особисту недоторканість, одним із ключових елементів є відповідність законодавства принципу правової визначеності.

Правова визначеність є не лише однією з вимог верховенства права, а і фактично складовою принципу законності відповідно до ЄКПЛ [57, с. 369]. Дотримання стандарту законності, встановленого ЄКПЛ та протлумаченого ЄСПЛ, передбачає, щоб законодавчі норми були доволі точними для передбачення в розумних межах за наявних обставин наслідки дій [31, пар. 120; 121, пар. 80]. ЄКПЛ висуває вимогу, щоб закони, які передбачають будь-які обмеження свободи та особистої недоторканості були якісними. Особливої важливості ця вимога набуває в контексті позбавлення волі [122, пар. 69; 30, пар. 50]. Відповідно до рішення ЄСПЛ «Новік проти України» «[В]имога «якості закону» у розумінні пункту 1

статті 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні - для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля» [123, пар. 19].

Таким чином, законодавчі норми, які регулюють питання призначення покарання мусять відповідати принципу правової визначеності, інакше кожен випадок призначення покарання у виді позбавлення волі буде вважатися не передбаченим законом в розумінні ЄКПЛ.

Призначення покарання у виді позбавлення волі відповідно до принципу справедливості

Призначене покарання у виді позбавлення волі мусить бути справедливим. Справедливість – *«базова цінність, на якій ґрунтується право»* без якої право не визначається регулятором суспільних відносин, не є його загальнолюдським виміром [57, с. 374; 93, п. 4.1]. Ідея справедливості пронизує всю систему призначення покарання з різних її аспектів. Наприклад, КПК України послідовно зазначає про важливість справедливого розгляду справи та справедливе судові рішення (ч. 1 ст. 21, ч. 3 ст. 337, ст. 410, ст. 414).

Право на судовий захист, будучи невідчужуваним та непорушним правом за Конституцією, поширюється також на обвинувачених під час розгляду справи щодо обвинувачення у вчиненні злочину, адже справедливе правосуддя – право кожного [93, п. 5]. Неможливо не погодитися з Конституційним Судом, що *«[П]равосуддя за своєю суттю визначається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості та забезпечує ефективне поновлення в правах»* [124].

Попри всеохопність категорії «справедливості», вона все ж може вважатися «розмитою» категорією або є суб'єктивною, тому щодо неї має бути здійснене тлумачення для того, аби процес призначення покарання відбувався з огляду на ідею справедливості.

Для тлумачення справедливості як правової категорії варто звернутися до рішень Конституційного Суду, який приділив багато уваги тлумаченню цієї ідеї. Категорія справедливості з-поміж іншого вимагає, аби призначене покарання відповідало вчиненому злочину, тобто було домірним йому [93, п. 4.1]. Іншими словами, у справедливому співвідношенні мають бути (1) склад злочину та межі покарання, а також (2) тяжкість, обставини злочину, особа винного, з одного боку, та призначене покарання, з іншого [93, п. 4.1]. Варто зазначити, що першу вимогу справедливості може втілити лише законодавець під час конструювання кримінально-правових норм. Натомість, суб'єкт виконання другої вимоги залежить від моделі призначення покарання: або орган, відповідальний за формування рекомендацій для призначення покарання, або ж суд.

Конституційний Суд у справі №1-5/2011 розглядав принцип співмірності тяжкості злочину та покарання на прикладі призначення альтернативних покарань смертній карі до моменту введення довічного позбавлення волі. На думку Конституційного Суду, інші санкції як заміна смертній карі за вчинення особливо тяжких злочинів не були б співмірним та справедливим покаранням за вчинення особливо тяжких злочинів, оскільки довічне позбавлення волі стало найсуровішим покаранням, яким до того була смертна кара [125, п. 6]. Тобто, призначати покарання за злочини, які передбачали смертну кару не найсуворіше покарання не було б співмірно вчиненому.

Вимога співмірності покарання знайшла своє вираження в принципі пропорційності. Конституційний Суд розкриваючи зміст цього принципу говорить про адекватність обмеження конституційних прав і свобод соціально обумовленим цілям (таким як інтереси охорони прав і свобод інших людей чи забезпечення безпеки) [93, п. 4.2]. Демонстративним прикладом застосування цієї інтерпретації є рішення Конституційного Суду у справі №1-33/2004. Так, було вирішено, що незастосування ст. 69 КК України про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом за злочини невеликої тяжкості не є пропорційним [93, п. 4.2].

На думку Верховного Суду, під явно несправедливим покаранням слід розуміти *«...істотну диспропорцію, неадекватність між визначеним судом, хоча*

й у межах відповідної санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, видом та розміром покаранням та тим видом і розміром покарання, яке б мало бути призначене, враховуючи обставини, які підлягають доказуванню, зокрема ті, що повинні братися до уваги при призначенні покарання» [126].

Таким чином, призначене покарання у виді позбавлення волі мусить відповідати принципу справедливості, а саме бути пропорційним. І хоча тлумачення Конституційного Суду стосувалося норм законодавства України, вбачається, що це ж тлумачення можна використовувати і загалом. Так, зміст пропорційності може трохи варіюватися залежно від системи призначення покарання і її мети, однак його ідея залишається релевантною. Позбавлення волі мусить пропорційно відповідати злочину та злочинцеві.

Це лише підтверджується тим, що пропорційність покарання є складовим елементом мети покарання в аналізованих державах як було адресовано у Розділі 2.

3.2. Строк позбавлення волі та детермінуючі фактори за кримінальним правом України

Строк покарання у виді позбавлення волі. Відповідно до ч. 2 ст. 63 КК України, позбавлення волі встановлюється на строк від одного до 15 років. Строк позбавлення волі за вчинення конкретних злочинів конкретизовано у санкціях статей Особливої частини КК України. Визначений строк в санкціях може бути більшим (1) при складанні покарань у виді позбавлення волі за сукупністю вироків – не більше 25 років (ч. 2 ст. 71), (2) заміні довічного позбавлення волі при помилуванні на строкове позбавлення волі – не менше 25 років (ч. 2 ст. 87); або меншим – випадку з неповнолітніми – від 6 місяців (ч. 1 ст. 102). Також суд вправі призначити покарання нижче від найнижчої межі за певних умов (ст. 69).

Встановлені розміри в санкціях статей КК України – це скоріше рамки, в межах яких суд має призначити покарання. Доволі часто ці межі занадто широкі (наприклад, ч. 2 ст. 273 передбачає строк від двох до 10 років або ст. 257 – від п'яти

до 15 років). Деякі санкції не містять нижньої межі (101 випадок, з яких 27 передбачають строк до 8 років). Найпоширенішими рамками є строк від п'яти до десяти років позбавлення волі (всього 53 випадки). Відповідно до ч. 1 ст. 115 КК України за некваліфіковане вбивство передбачено від семи до 15 років позбавлення волі, за некваліфіковане шахрайство позбавлення волі не передбачено згідно з ст. 190, за некваліфіковану крадіжку за ч. 1 ст. 185 – позбавлення волі до трьох років та за легкі тілесні ушкодження за ст. 125 позбавлення волі взагалі не передбачено.

Тобто, кримінальне законодавство передбачає доволі широкі санкції, залишаючи велику простір для судової дискреції. Вбачається, що таке регулювання є проблемний, оскільки відсутні будь-які рекомендації щодо визначення конкретного строку позбавлення волі.

Більше того, станом на написання цієї магістерської роботи не вдалося ідентифікувати судові рішення, де було б приділено достатню увагу та надано адекватне пояснення призначення конкретного строку позбавлення волі. Суди зазвичай зосереджуються більше на питанні пояснення вибору виду покарання та які фактори слід оцінювати для цього, аніж роз'яснюють застосування строків. Навіть у випадках, коли учасники провадження просять переглянути строк покарання.

У справі №207/5011/14-к Верховний Суд розглядав скаргу прокурора про порушення норм щодо призначення покарання та суддівського розсуду. Засуджений скоїв розбійний напад на працівницю кіоска та його власника, погрожуючи їм ножем заволодів майном на суму 2 656 гривень. Прокурор наполягав, що призначене покарання у виді позбавлення волі строком на 7 років з конфіскацією всього майна занадто м'яке. Верховний Суд при перевірці доводів прокурора зазначив *«[О]бираючи ОСОБА_2 покарання, суд зважив на тяжкість вчиненого злочину, що згідно зі ст. 12 КК є особливо тяжким, дані про особу винного, який частково визнав вину, розкався у вчиненому, шкоду потерпілим не відшкодував. Обставин, що обтяжують покарання судом не встановлено»* [61]. Рішення першої інстанції наводить більше деталей, які було враховано при призначенні виду покарання, а саме: (1) «матеріали, що його характеризують» (збіг

тяжких обставин, відсутність роботи, грошових коштів), відношення до вчиненого (каяття), відсутність роботи при працездатності; (2) відсутність обтяжуючих обставин; (3) вчинено особливо тяжкий злочин; (4) не відшкодована шкода, завдана злочином; (5) вчинення низки злочинів протягом короткого періоду [127]. Тобто, замість того, щоб проаналізувати вплив цих факторів на призначений строк позбавлення волі, Верховний Суд знову проаналізував вибір виду покарання.

Аналогічно у справі № 756/4830/17-к Верховний Суд хоч і розглянув необхідність зменшити призначеного покарання, але абсолютно не обґрунтував чому необхідно призначити конкретний строк позбавлення волі [60].

Відсутність аналізу яким чином визначати строк позбавлення волі видається вкрай помилковим, адже через це неможливо проаналізувати чи справедливо були призначені конкретні покарання, чи є вони пропорційними. Якщо пропорційність між діянням і особою та видом покарання ще можна оцінити, то такої можливості нема щодо строків.

Одним із прикладів наслідків відсутності уніфікованих підходів до питання призначення покарання є справи щодо жінок, які засудженим за вбивство домашніх насильників. Так, в одній справі жінці було призначено 8 років позбавлення волі за вбивство чоловіка, який регулярно її бив протягом двох років, а одного разу взагалі спричинив втрату ненародженої дитини. При цьому, брат загиблого свідчив про регулярні побиття померлим, а на тілі засудженої були видні численні сліди побиття [128]. В інших аналогічних справах судом призначалося 13 років позбавлення волі або 12 років позбавлення волі [128]. Вважається, що такі суворі покарання зумовлюється як законодавчим регулюванням, так і скептичним ставленням суддів і прокурорів до випадків домашнього насильства [128]. На думку авторки, несправедливість у наведених справах промовиста. Вбачається, що така ситуація стала можливою завдяки відсутності чітких рекомендацій для суддів як визначати справедливе покарання. У справі №947/20855/19 суд врахував насильство з боку чоловіка, якого було вбито під час чергового насильства, призначивши чотири роки позбавлення волі і звільнивши від відбування покарання [62]. Справа стосувалася ст. 116 КК України, яка передбачає застосування не лише

позбавлення волі, а і обмеження волі, та і чотири роки позбавлення волі є майже максимальним з передбачених покарань.

Відсутність єдності, визначеності та тлумачення нечітких законодавчих норм у судовій практиці є особливо абсурдним, зважаючи на те, що верховенство права вимагає здійснення судового контролю над втручанням у право на свободу [93, п. 4.1]. Тобто, на практиці можлива парадоксальна ситуація, коли право на свободу порушується з боку суб'єкта, який мав здійснювати контроль і захист цього права.

Фактори, які впливають на строк позбавлення волі. Стаття 65 КК України, якою встановлюються загальні засади призначення покарання, реалізує принцип індивідуалізації покарання як це передбачено ст. 61 Конституції України [93, п. 4.2]. Принцип індивідуалізації є основою також у інших статтях Загальної частини КК України, які стосуються призначення покарання [93, п. 4.2]. Керуючись ст. 65 КК України, суди при призначенні покарання мають враховувати (1) ступінь тяжкості вчиненого злочину, (2) особу винного та (3) обставини, що пом'якшують та/або обтяжують покарання. Вказане вважається загальними критеріями для призначення покарання [129]. Додаткові критерії специфічні для різних категорій злочинів. Наприклад, в справі № 712/8515/15-к такими були визнані *«ступінь здійснення злочинного наміру»* та причини недоведення злочину до кінця [129]. При цьому, всі обставини мають враховувати однаковою мірою і без надання переваги якійсь з них [130].

Пленум Верховного Суду України у постанові «Про практику призначення судами кримінального покарання» конкретизує питання призначення покарання, однак, лише висвітлює в загальному які фактори слід враховувати (наприклад, кількість вчинених злочинів, форму вини), але не роз'яснює як це впливатиме на розмір призначеного покарання [11].

КК України у ст.ст. 66 та 67 описує які обставини визнаються судом пом'якшувочими, а які обтяжуючими відповідно. Також Пленум Верховного Суду України вказав, що суд може визнавати додаткові обставини як пом'якшуючі

(наприклад, збіг випадкових обставин, запобігання шкідливим наслідкам злочину тощо) [11, п. 5].

В контексті пом'якшуючих обставин варто прокоментувати таку обставину як «щире каяття» та її вплив на призначення покарання. Ілюстративним є рішення Верховного Суду у справі №756/4830/17-к. По-перше, Верховний Суд покликався на Постанову Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» від 23 грудня 2005 року № 12, яка визначає щире каяття як *«суб'єктивне ставлення ... до вчиненого злочину ... визнає свою провину, висловлює жаль з приводу вчиненого та бажання виправити ситуацію»* [131, п. 3]. На думку Верховного Суду, підтвердженням щирого каяття, тобто, критичного ставлення до власної поведінки, є повне визнання вини та допомога у розкритті злочину [60]. В цьому роз'ясненні Верховного Суду є дещо суперечливі моменти.

Зазначено, що визнання вини має бути повним, а не частковим. В цій справі підсудний заперечував, що скоїв вбивство умисно, а тому через часткове визнання вини зізнання у неумисному вбивстві не було судом розцінено як щире каяття [60]. Абстрагуючись від обставин конкретної справи, вважаю, що сформульований принцип дуже загрозливий. Оскільки він повністю ігнорує те, що інкриміновані злочини можуть не відповідати дійсності. Центральним видається визнання вини, а не визнання всього того, що було висунуто в обвинуваченні. Такий підхід не свідчить про справедливе правосуддя.

Якщо з пом'якшуючими та обтяжуючими обставинами ситуація трохи зрозуміліша, то питання щодо двох інших критеріїв все ж залишаються. Спершу буде розглянуто питання тяжкості злочину.

Д.С. Азаров вказує про типову (характерна для певного виду злочину) та індивідуальну (характерна для конкретного злочину) тяжкість злочину. Автор зазначає, що індивідуальна тяжкість злочину *«визначається характером та ступенем суспільної небезпеки посягання»* [75]. Судова практика та Пленум Верховного суду виробили два етапи визначення ступеня тяжкості злочину. У постанові по справі №734/3748/16-к Верховний Суд зазначив такий алгоритм: (1)

з'ясувати приналежність конкретного правопорушення до видових категорій тяжкості злочинів відповідно до ст. 12 КК України; після чого (2) врахувати всі обставини в сукупності, характер правопорушення, цінність суспільних відносин, на які посягало правопорушення, тяжкість наслідків, спосіб вчинення правопорушення, форму і ступінь вини, мотиви і кваліфікуючі ознаки (за наявності), тобто визначити індивідуальний ступінь тяжкості правопорушення [126]. Пленум Верховного Суду України ще вказував про врахування стадії вчинення, кількості епізодів злочинної діяльності та роль кожного зі співучасників [11, п. 3]. Цікаво, що в деяких справах, де Верховний Суд цитував цей алгоритм визначення тяжкості злочину, в результаті аналіз тяжкості злочину в конкретній справі зводився лише до того, що злочин є особливо тяжким відповідно до ст. 12 КК України [60]. І цей приклад не поодинокий, суди тяжіють до обмеження лише видовою характеристикою у врахуванні тяжкості злочинів [132; 75].

На думку та М.І. Хавронюка та О.О. Дудорова, інформація про особу винного, яка має враховуватися при призначенні покарання – це дані *«про соціально важливу поведінку особи до і після вчинення к.пр.»* [45, с. 354]. Пленум Верховного суду України перелічив які дані має з'ясувати суд: *«вік, стан здоров'я, поведінку до вчинення злочину як у побуті, так і за місцем роботи чи навчання, його минуле (зокрема, наявність не знятих чи не погашених судимостей, адміністративних стягнень), склад сім'ї (наявність на утриманні дітей та осіб похилого віку), його матеріальний стан тощо»* [11, п. 3]. М.І. Хавронюк та О.О. Дудоров наголошують, що ця інформація має допомогти суду *«визначити, свідчать вони про закономірність протиправної поведінки особи чи скоріш про те, що вчинення нею даного конкретного к.пр. є збігом обставин»* [45, с. 354]. Такий підхід надзвичайно імпонує, адже він спрямований на системний аналіз, а не на «вирвані» характеристики особи. Разом з тим варто погодитися з підходом, коли не всі дані про особу підлягають врахуванню у кожному випадку, а лише релевантні до вчинення певного злочину [56, с. 29]. Так, наприклад, якщо особа позитивно характеризується на роботі, однак, систематично вчиняє насильство по

відношенню до своєї дружини (чоловіка), то постає питання чи є факт позитивної характеристики з роботи релевантним в цьому конкретному випадку.

Науковці подеколи висловлювали цікаві ідеї щодо оцінки особи винного. Новікова К.А. пропонує враховувати характер особи при призначенні покарання. На її думку, особам з «матеріалістичним світоглядом» доцільніше призначати покарання з ізоляцією від суспільства, а особам з «ідеалістичним світоглядом» - без такої ізоляції [21, с. 15-16]. Такий підхід дійсно є нестандартним, однак, на мою думку, його майже неможливо втілити в життя. Характер і світогляд особи – вкрай суб'єктивні категорії, які оцінити суддям буде вкрай важко. При цьому частково ця ідея вже втілена в КК України, коли за злочини, вчинені з корисливим мотивом чи на замовлення передбачено суворіші покарання (наприклад, ч. 2 ст.121 або п.п. 6, 11 ст. 115 КК України).

Верховний Суд у справі №734/3748/16-к здійснював тлумачення ст.414 КПК України, яка передбачає, що покарання не відповідає ступеню тяжкості правопорушення та особі обвинуваченого, якщо за своїм видом чи розміром є явно несправедливим через м'якість або суворість навіть, якщо не виходить за межі, встановлені санкцією [126]. Суд з-поміж іншого пояснив як визначити відповідність покарання особі обвинуваченого. На думку Суду, фактори, які підлягають врахуванню щодо особи включають фізичні, соціально-демографічні, психологічні, правові, морально-етичні. Такі ознаки мають мати *«важливе значення для вибору покарання з огляду мети та засад його призначення»* [126]. Верховний Суд зазначив, що значення терміну «особа обвинуваченого» та «особа винного» за ст. 65 КК України однакові [126]. Тому доцільно зробити висновок, що тлумачення Верховного Суду щодо особи обвинуваченого слід застосовувати і при застосуванні ст. 65 КК України. В справі №756/4830/17-к Верховний Суд наводить ідентичне тлумачення ст. 65 КК України та ст. 414 КПК України [60].

У справі №734/3748/16-к Суд вказав про не перебування на обліку з наркоманії та психіатрії, а у справі №756/4830/17-к – про відсутність судимості, не перебування на обліку нарколога та психіатра, відсутність суспільно корисною

працею (концепція сама по собі дивна), позитивну характеристику за місцем проживання, участь в антитерористичній операції та в бойових діях [126; 60].

Велика Палата Верховного Суду у справі № 1-13/2002 для встановлення чи становить підсудний особливу небезпеку для суспільства звернув увагу на сукупність таких факторів: (1) вбивство малолітньої особи; (2) характер та локалізація тілесних ушкоджень; (3) спосіб вчинення злочину («безжально й холонокровно»); (4) спланованість дій; (5) корисливий мотив. Було також звернено увагу на те, що винний фізично здоровий, працездатний [133, пар. 88-89].

В деяких справах судом бралася до уваги досудова доповідь органу пробації, де було визначено ризик повторного вчинення злочину та загальний ризик для суспільства. У висновках органу пробації робляться також висновки чи можливе виправлення особи без ізоляції від суспільства. Суд бере до уваги такі доповіді на рівні з іншими обставинами справи (тяжкістю злочину, особою винного) [134; 135; 136; 137; 138].

Однак, попри наведені фактори, які було враховано в зазначених та інших справах, так і незрозуміло яким чином це вплинуло на призначення покарання. Оскільки судді повністю оминають пояснення впливу конкретних факторів на строк позбавлення волі. Закрадається думка, що у більшості суддів в принципі відсутня методологія визначення строків позбавлення волі.

Загалом українська судова практика абсолютно неоднорідна, дуже відрізняються призначені покарання (і вид, і розмір) за подібні діяння [54, с. 8]. Це яскраво видно на прикладі справ щодо домашнього насильства за ст. 126-1 КК України [Додаток 1]. Відповідно до опублікованих вироків в Єдиному державному реєстрі судових рішень, в справах щодо домашнього насильства за період з 01 січня 2019 року було винесено 11 вироків з призначенням покарання у виді позбавлення волі (здебільшого строком до 2 років). З них – 9 вироків, де особу було звільнено від відбування покарання з іспитовим терміном. Вироків щодо засудження до обмеження волі за цей же період – 16, з них із звільненням від відбування покарання з іспитовим терміном – 15. Решта вироків за цією категорією справ стосуються призначення громадських робіт.

Проаналізувавши обставини всіх цих справ, стає очевидна їх подібність та неуніфікованість призначених покарань. Наприклад, у справах №716/158/20 та №716/2325/19 особи засуджувалися до позбавлення волі строком на один рік (потім звільнені від відбування покарання з випробуванням) за психологічне насильство, яке проявлялося в сварках, образах, погрозах фізичною розправою та вигнанням з помешкання [139; 140]. Чи не найбільш суворе покарання – позбавлення волі строком на один рік та дев'ять місяців, за аналогічних обставин було призначене у справі №663/3510/19 [141]. Цікаво, що у справі №716/158/20 засуджена була тещою потерпілого, обидва постійно ініціювали сварки і притягувалися за це до адміністративної відповідальності, водночас, жінку засудили до одного року позбавлення волі [140].

Для порівняння у справі №557/1625/19 за абсолютно подібних обставин (винний систематично в стані алкогольного сп'яніння приходив до потерпілої та вчиняв сварки, пошкоджував майно, погрожував, штовхав, завдав удар тощо) суд призначає покарання у виді обмеження волі [63]. Більше того, обмеження волі було обране як покарання за вчинення набагато більш суспільно небезпечних злочинів. Так, у справі №732/1492/19 винний систематично влаштовував скандали, ображав, принижував, погрожував фізичною розправою, бив, переслідував, незаконно проникав у помешкання, де потерпіла від нього переховувалася. При цьому неодноразово каявся, обіцяв подібного більше не вчиняти, але все повторювалося. Суд вирішив, що необхідним і достатнім покаранням у даному випадку буде обмеження волі [142].

Виходячи з вищенаведеного можна резюмувати, що процес призначення покарання у виді позбавлення волі в Україні доволі хаотичний та невизначений. Це починається з відсутності чіткого та якісного регулювання і досягає апогею при правозастосуванню судами. Вбачається, що за умови незадовільного стану судової системи, законодавець мав би докласти більше зусиль для регулювання обмежень права на свободу та особисту недоторканість.

3.3. Строк позбавлення волі та детермінуючі фактори за кримінальним правом Німеччини та Швейцарії

Німеччина

Строк покарання у виді позбавлення волі. Відповідно до секції 38 КК Німеччини, покарання у виді позбавлення волі призначається на строк від одного місяця до 15 років або ж довічно. Позбавлення волі за злочини передбачається строком мінімум на один рік, а за проступки мінімальний строк позбавлення волі менший (може збільшуватися за обтяжуючих обставин) (секція 12). Більшість санкцій не передбачають мінімальної межі позбавлення волі, а лише максимальний строк, за винятком злочинів, де мінімальний строк встановлений на рівні одного року [143, с. 215]. Між коротким позбавленням волі (строком до шести місяців) та штрафом надається пріоритет штрафу, в той час як коротке позбавлення волі може бути призначене лише у обґрунтованих випадках (секція 47 КК Німеччини).

Варто зазначити, що за вбивство передбачене покарання у виді позбавлення волі з мінімальним строком у п'ять років, однак за вчинення вбивства з певних мотивів – довічне позбавлення волі (секції 211, 212 КК Німеччини). Такими мотивами є вбивство через бажання вбивати, отримати інтимне задоволення, жадібність чи інші базові мотиви, віроломно або жорстоко, або за допомогою засобів, які мають суспільну небезпечність, або, щоб полегшити, або приховати інший злочин (секція 212). За найменш тяжке шахрайство передбачено покарання не більше трьох (секція 264a(1), 265 (1) або п'яти років позбавлення волі (секція 263 (1), 263a(1), 264(1) (КК Німеччини розрізняє багато видів шахрайства), а за некваліфіковану крадіжку – до п'яти років (секція 242), за нанесення некваліфіковані, нетяжкі тілесні ушкодження – до п'яти років позбавлення волі (секція 223).

Якщо порівняти покарання за чотири злочини (некваліфіковані вбивство, шахрайство, крадіжка та легкі тілесні ушкодження) у Німеччині та Україні, то

можна констатувати, що межі санкцій у КК Німеччини передбачають суровіші покарання, за винятком некваліфікованого вбивства, щодо якого не передбачено нижньої межі.

Довічне позбавлення волі призначається за злочини, які призвели до смерті потерпілого (секції 176b, 178, 211, 212, 239a(3), 251, 306с, 307 (3), 308(3), 309 (4), 316a(3) КК Німеччини) або за окремі злочини проти національної безпеки Німеччини (секції 176b, 178, 211, 212, 239a(3), 251, 306с, 307 (3), 308(3), 309 (4), 316a(3)). На практиці довічне позбавлення волі призначається майже виключно у випадках вбивств, однак, у значній кількості справ щодо вбивств призначають саме строкове позбавлення волі [95, пар. 22]. За певних умов, відбування довічного позбавлення волі може бути зупинене після відбуття особою 15 років позбавлення волі (секція 57a КК Німеччини). Ця норма позитивно характеризує німецьке кримінальне законодавство, оскільки прослідковується спрямованість на лімітоване застосування довічного позбавлення волі та засуджені до позбавлення волі мають шанс на повернення до «нормального» життя.

Загалом КК Німеччини досить детально регулює випадки збільшення (секція 18 КК Німеччини) або зменшення (секції 21, 28, 46a) покарання та як такі зменшення або збільшення призначаються (секція 48). Наприклад, покарання може бути зменшене у випадку примирення злочинця з потерпілим та компенсацією шкоди (секція 46a) або допомоги у виявленні чи запобіганні злочину (секція 48b). КК Німеччини прямо передбачає строк на який покарання зменшується. Так, довічне позбавлення волі може бути зменшене до трьох років позбавлення волі, а при зменшенні строкового позбавлення волі, таке покарання може бути призначено на не більше трьох чвертей встановленого законом максимального покарання (секція 49).

Мехмет Арслан звертає увагу, що основою для визначення строків (розміру) призначеного покарання є не стільки КК Німеччини, скільки судова практика [64, с. 25; 102, с. 70]. Так, при перегляді призначеного вироку Федеральний Суд звертає увагу, зокрема на те чи призначене покарання відповідає покаранням, призначеним у подібних випадках [144, пар. 3]. Судова практика вищих інстанцій випрацювала

правила, які по факту спрямовані на призначення покарань нижче середньої межі [55, с. 195].

Фактори, які впливають на строк позбавлення волі. Перш-за все варто наголосити, що у Німеччині спостерігається неоднорідність призначених покарань за подібні діяння [55, с. 201]. Така реальність не випадкова для німецької моделі призначення покарання, оскільки законодавство не торкається впливу конкретного фактору на строк позбавлення волі.

Радше КК Німеччини виділяє загальні принципи призначення покарання (розділ 2). Відповідно до секції 46, основою покарання є вина особи. Також суд має звернути увагу на очікуваний вплив покарання на майбутнє життя особи в суспільстві (ч. 1 секція 46). При призначенні покарання суд повинен зважити обставини, які свідчать на користь та проти злочинця (якщо тільки вони не є кваліфікуючими ознаками певного злочину), зокрема, на такі: (1) мотиви та мету, включаючи расистські, ксенофобські та інші мотиви, що свідчать про презирство до людства; (2) ставлення, відображене у правопорушенні, та ступінь сили волі, залучених до його вчинення; (3) ступінь порушення обов'язків злочинця; (4) *modus operandi* та наслідки злочину відповідно до вини злочинця; (5) попередня історія злочинця, особисті та фінансові обставини та (6) зусилля, спрямовані на відшкодування заподіяної шкоди та примирення з жертвою (ч.ч. 2,3 секція 46). Попри загальність цих норм, вони все одно є доволі детальними та містять кращі орієнтири щодо призначеного покарання, якщо порівняти з КК України, де обмежилися трьома родовими термінами.

Судді першої інстанції таким чином формулюють обґрунтування призначеного покарання, аби це рішення не було скасоване у апеляції, тобто на призначення покарання впливає також практика апеляційних судів та Федерального Конституційного Суду. У літературі зазначають, що написане обґрунтування може відрізнятися від реального. Мехмет Арслан наводить дані дослідження, відповідно до якого німецькі судді найбільше приділяють увагу саме питанню доказів винуватості, але не питанням, пов'язаним з безпосереднім призначенням покарання [64, с. 24-25].

В основному правила, випрацювані апеляційними та Конституційним Судом загального характеру, тому не завжди допомагають визначитися суддям нижчих інстанцій з призначенням конкретного покарання у конкретній справі [55, с. 193-196]. У літературі зазначають, що на практику призначення покарання впливають не лише нормативне регулювання, доктрина та окремі судові рішення, а і безліч інших факторів. Наприклад, погляди самого судді, які зумовлюють надання більшого значення певним ознаками злочинця, аніж іншим [55, с. 196]. Знову ж таки, неможливо прибрати суб'єктивний фактор при наданні суддям великої дискреції. Питання залишається відкритим, чи не є це завеликою відповідальністю для судді, зважаючи на важливість питання, поставленого на карту.

Швейцарія

Строк покарання у виді позбавлення волі. Згідно з ст. 40-1.3 КК Швейцарії, мінімальний строк позбавлення волі складає три дні, а максимальний – 20 років або ж довічне позбавлення волі. Санкції статей містять верхні та нижні межі призначуваних покарань, деякі доволі широкі (за певний вид вбивства передбачено від одного до 10 років позбавлення волі за ст. 113). Часто деякі статті не містять верхньої (ст. 112) або нижньої (ст. 146.1) межі. В таких випадках, відповідну межу строку позбавлення волі можна вивести з ст. 40-1.3 КК Швейцарії.

Відповідно до ст. 48.2 КК Швейцарії покарання може бути зменшене з п'яти підстав. По-перше, якщо винна особа (1) мала благородні мотиви, (2) страждала, (3) вважала, що перебуває під серйозною загрозою, (4) діяла за бажанням людини, якій зобов'язана була підкорятися або від якої залежала. По-друге, якщо винну особу серйозно спровокувала потерпіла особа. По-третє, якщо винна особа діяла під впливом надзвичайних емоцій, які виправдовувались обставинами або під серйозним психологічним стресом. По-четверте, якщо винна особа продемонструвала щире каяття і, зокрема, відкомпенсувала заподіяне, наскільки цього можна обґрунтовано очікувати від такої особи. Наостанок, якщо потреба

покарання суттєво зменшилася у зв'язку із пройденим часом із моменту вчинення злочину та винна особа мала гарну поведінку протягом цього часу. У випадку зменшення вироку, суд не обмежений ні видом покарання, ні мінімальним розміром, встановленим для певного злочину. Однак, суд обмежений максимальною та мініальною межею для такого виду покарання за законом (ст. 48.а.2).

Практика призначення покарання доволі відрізняється у різних кантонах та навіть у різних судах у межах одного кантону [56, с. 27]. Неоднорідність практики в різних кантонах можна пояснити тим фактом, що кримінальний кодекс, який поширювався на всю Швейцарію було введено лише у 1942 році, до цього кожен кантон мав своє законодавство, яке формувалося під дією кримінального законодавства інших держав (наприклад, Австрії, Франції та Німеччини) [78, с. 26].

Швейцарія – відома призначенням доволі м'яких покарань, а до позбавлення волі засуджують лише осіб, які або неодноразово вчиняли злочин, або вчинили тяжкий злочин [88]. Сібіла Бондолфі процитувала президентку апеляційного суду в м. Базель Габріелу Матефі, що судді призначають низькі покарання – в основному в нижній половині або нижній третині – навіть за вбивства, шахрайство чи тілесні ушкодження [88]. Варто зазначити, що за некваліфіковані вбивство передбачене покарання у виді позбавлення волі з мінімальним строком у п'ять років (ст. 112 КК Швейцарії), за шахрайство – до п'яти років (ст. 146.1), за крадіжку – до п'яти років (ст. 139.1), а за нанесення тілесних ушкоджень – до трьох років (ст. 123-1.3). Висновок після порівняння з Україною аналогічний до порівнянь з Німеччиною: в основному санкції суворіші, за винятком вбивств, де можливе призначення коротшого строку позбавлення волі.

У одній справі, у 2016 році Федеральний кримінальний суд призначив покарання колишньому голові ІТ департаменту та зовнішньому ІТ менеджеру проекту за багаторазові хабарі позбавлення волі строком на два з половиною та три роки відповідно [145]. 27 серпня 2014 року Верховний суд кантону Цюрих підтвердив вирок щодо позбавлення волі на шість років за пасивне хабарництво колишньому керівникові управління активами пенсійного фонду державних

службовців кантону Цюрих, а також за активне хабарництво проти фінансовим консультантам. За версією Верховного суду кантону Цюриха, службова особа приймала хабарі та інші форми неправомірної вигоди в розмірі близько 1 000 000 швейцарських франків [146, с. 5]. Ці приклади яскраво демонструють, що хоч законодавство містить суворіші санкції, на практиці судді охоче обирають порівняно м'які покарання. Вбачається, що цим простежується зв'язок з метою покарання – реабілітацією злочинців.

Фактори, які впливають на строк позбавлення волі. Відповідно до ст. 47.1 КК Швейцарії, *«суд визначає вирок відповідно до вини злочинця. Судом враховується попередню поведінку та особисті обставини злочинця, а також наслідки, які матиме вирок на його життя»*.

Отже, відправною точкою для призначення покарання є вина злочинця. Винуватість оцінюється з огляду на (1) серйозність шкоди чи небезпеку для відповідного правового інтересу, (2) репресивність діяння, (3) мотиви та (4) мету злочинця та (5) наскільки міг злочинець уникнути небезпеку чи шкоду з огляду на його особисті та зовнішні обставини згідно з ст. 47(2) КК Швейцарії. Під репресивністю діяння мають на увазі рівень психічного впливу або погроз, застосованих злочинцем [56, с. 28].

На думку авторки, таке формулювання є більш вдалим, аніж наведене у ст. 65 КК України. Адже передбачають своєрідну деталізацію понять «особа злочинця» себто попередня поведінка, особисті обставини, вплив вироку на подальше життя, гнучкість його поведінки, вина, мотиви і мета, а також «тяжкість злочину» - серйозність шкоди чи небезпеки та можливість уникнути їх, репресивність поведінки. А що більше деталізації, то більш контрольоване призначене покарання

Гасс Ш. та Нолль Д. узагальнили практику врахування особистих обставин злочинців при призначенні покарання. Фактично швейцарські судді розглядають та враховують умови життя та соціальні зв'язки особи. Це може включати в себе (1) репутацію, (2) попередні судимості, (3) ситуація навколо особи на момент заявлення про вчинення злочину, (4) пост-кримінальна поведінка, (5) сімейний та

професійний стан, (6) нещасливе дитинство, (7) інтелект і освіта, (7) стан здоров'я та згубні залежності. Не все із зазначеного підлягає автоматичному врахуванню, в основному враховують лише ті обставини, які безпосереднього релевантні з вчиненням злочином або могли вплинути на злочинну поведінку особи. Також досліджують наслідки призначеного покарання для особи, зокрема, в контексті його сімейної та професійної ситуації [56, с. 28-30].

Вбачається позитивним підхід до оцінки обставин із життя винної особи, коли враховуються лише релевантні обставини до самої справи, а не безсистемне врахування будь-яких обставин як це здебільшого притаманне для українських суддів. Однак, цей підхід робить дуже складною формалізацію процесу призначення покарання, оскільки надто сильно залежить від конкретних обставин справи і вимагає розсуду суду. З іншого боку, за умови детальних інструкцій, цю проблему можна вирішити.

Зізнання особи може зменшити покарання, але наявність зізнання з боку потерпілого не знімає з суду обов'язок повністю дослідити справи для перевірки зробленого зізнання [66, с. 6]. Вбачається, що це є ефективним запобіжником проти винесення несправедливих рішень, коли зізнається невинувата особа (зізнання може бути зроблене під тиском чи для прикриття справжньої винної особи).

Каяття підсудного має менше значення, якщо суд розуміє, що є переконливі докази його винуватості, натомість, добровільна компенсація шкоди грає набагато суттєвішу роль [56, с. 30]. Позиція щодо врахування щирого каяття дуже імпонує, зважаючи на те, що український суд занадто часто надає вагу щирому каяттю. У таких випадках завжди постає питання у справжній щирості такого каяття, чи воно не викликано лише усвідомленням особи, що є докази її винуватості і намаганням зменшити собі вирок.

Як видно, велике значення надається особі злочинця, умовам навколо нього, його мотивам та меті. Такий підхід сформувався задовго до прийняття єдиного КК Швейцарії. Ще в 1922 році (за 20 років до прийняття КК Швейцарії) Е. Рафтер писав, що *«середньостатистичний суддя намагається якомога краще зрозуміти не тільки саме діяння, але цілісність особистості підсудного, теперішні та минулі*

обставини його життя, його моральний і фізичний розвиток і загальний тип його особистості», що впливало на визначення строку покарання [86, с. 599]. Тобто, підхід, про який говорить пан Рафтер є доволі послідовним та виваженим роками в Швейцарії та відображає підхід до реабілітації злочинця як наслідок покарання.

Таким чином, хоч швейцарська система призначення покарання і не є формалізованою, але вона визначає критерії, які впливають на конкретне покарання. Тобто, суд при призначенні покарання виявляється зв'язаним кримінальним законом, які зобов'язує його враховувати конкретні моменти при визначенні покарання. Хоч в цілому така система є більш вдалою порівняно з українською, однак, залишається неадресованим питання впливу цих факторів на конкретний строк позбавлення волі.

3.4. Строк позбавлення волі та детермінуючі фактори за кримінальним правом США та Англії

США

Строк покарання у виді позбавлення волі. Федеральне законодавство, зокрема 18 U.S.C. § 3553(b) та § 3582, регулює лише загальні принципи призначення покарання. Безпосередньо покарання призначаються відповідно до Федеральних рекомендацій, які враховують цілу низку ознак злочину та особи винного (§ 994(c)(1)-(7)) [113]. Суддям дозволено відступати від них, але із обов'язковим зазначенням мотивів для такого відступу (§ 3553(b)) [114].

Федеральні рекомендації можна знайти на офіційному сайті Комісії з питань призначення покарань, разом з ними на сайті розміщується Посібник з застосування цих рекомендацій, який постійно оновлюється [48]. Отже, вибір покарання здійснюється відповідно до цих рекомендацій, а визначення конкретного строку позбавлення волі відбувається відповідно до спеціальної таблиці. За допомогою цієї таблиці визначається строк позбавлення волі (у місяцях) з урахуванням 43 рівнів злочинів та шести категорій кримінальної історії [162]. У

місцях, де вони перетинаються, передбачено межі строку позбавлення волі (наприклад, від нуля до шести місяців) (§5A) [48].

Відповідно до інструкції, суд спершу має визначити розділ рекомендацій, що стосується конкретного злочину. Далі визначається базовий рівень злочину та застосовуються конкретні характеристики діяння, перехресні посилання та будь-які інші вказівки, враховуючи характеристики потерпілого, ролі, перешкоджання правосуддю, прийняття особою відповідальності, категорія кримінальної історії. На основі врахування цих факторів визначають рівень злочину та категорію кримінальної історії, на основі яких вираховуються межі строку позбавлення волі в таблиці. Конкретний строк далі визначається з врахуванням інших вимог (визначених в рекомендаціях) для призначення вироку та опцій щодо пробації, позбавлення волі, компенсації, штрафів, умов нагляду, а також факторів, які можуть змінити призначене покарання (наприклад, з огляду на коментар до рекомендацій) (§1B1.1) [48].

Через те, що Федеральне законодавство визначає лише загальні межі для певного класу злочину (наприклад, за злочин Класу С передбачається ув'язнення строком не більше 12 років [114, § 3581]), а строки ув'язнення за конкретний злочин визначається відповідно до рекомендацій, важко здійснювати порівняння загальних меж строків, передбачених для певних злочинів.

Принагідно варто відзначити, що в США спостерігається тенденція до збільшення розмірів (строку) покарання [147, с. 388]. Строки позбавлення волі в США відомі тим, що можуть тривати значно довше, ніж людське життя. Так, мінімальний строк вказаний як нуль місяців (тобто, насправді місяць) та максимальний строк – 405 місяців (майже 34 роки) або вже довічне позбавлення волі [162]. Ця тенденція відображає центральну мету призначення покарання: кара злочинця та стримування його від вчинення нових злочинів шляхом ізоляції його на довгий строк у в'язниці.

Фактори, які впливають на строк позбавлення волі. Федеральні рекомендації доволі детальні та передбачають конкретний вплив певного фактору на строк позбавлення волі. Наприклад, якщо винна особа приймає відповідальність

за вчинене, тоді рівень покарання може бути зменшено на 2-3 рівня, але рішення чи приймати таке зізнання та відповідно зменшувати покарання має прийняти суд [48, §3E1.1; с. 29]. Тобто, попри всю формалізованість процесу призначення покарання, залишається місце для суддівського розсуду, що дозволяє надати призначеному покаранню індивідуалізований характер.

Однак, попри чіткість та деталізованість Федеральних рекомендацій щодо призначення покарань, систему неодноразово піддавати оспоруванню. В правовій системі США існує доктрина «недійсність через нечіткість» (void-for-vagueness doctrine), відповідно до якої неконституційними визнаються нечіткі положення кримінального законодавства [148, с. 123; 149, с. 1138-1140; 161, part III.A]. Передбачається, що положення кримінального закону мають чітко артикулювати людям, які дії є кримінально-караними та які покарання передбачені за їх порушення (notice requirement) [161, part III.A; 149, с.1138]. Цей принцип стосується не лише змісту кримінально-караних дій, а і призначення покарання [148, с. 393; 149, с.1140-1142]. Верховний Суд США в одному із останніх рішень, яке викликало бурхливі дискусії серед правників – по справі Джонсон проти Сполучених Штатів, безпосередньо зазначив про застосування цього принципу і до питань призначення покарання [149, с 1140-1142; part II].

Це рішення стало певною мірою прецедентним і його намагалися використати і в інших справах. В справі Беклес проти Сполучених Штатів, заявник посилався на рішення у справі Джонсона, оскільки положення, яке було визнане неконституційно нечітким (unconstitutionally vague) в Джонсоні ідентичне тому, за яким було обрано покарання заявнику відповідно до Федеральних рекомендації щодо призначення покарання (§4B1.2(a)). Однак, Верховний Суд вирішив, що Федеральні рекомендації щодо призначення покарання не підпадають під дію доктрини недійсності через нечіткість. Однією з причин стало те, що Федеральні рекомендації носять суто рекомендаційний характер. Ці рекомендації просто допомагають суду визначити розмір покарання. Окрім того, Верховний Суд зазначив, що Федеральні рекомендації містять доволі багато положень, які однаково нечіткі як і §4B1.2(a). Тобто, якщо визнати цей пункт неконституційно

нечітким – це потягне за собою необхідність визнання нечіткими і решту положень [151, parts II, IV].

Тобто, у правовій системі США віддається належна важливість питанню правової визначеності в питаннях призначення покарання. Підхід, який варто запровадити і в Україні.

Англія

Строк покарання у виді позбавлення волі. Статутні норми, пов'язані з призначенням покарання в Англії розпорошені по багатьом актам законодавства, а детальніше регулювання призначення покарання за конкретні злочини передбачається у керівних рекомендаціях з призначення покарань.

Комітет з призначення покарань напрацьовує різні керівні рекомендації для Суду Корони та магістральних судів [152]. Зважаючи на те, що магістральні суди не мають повноважень призначати покарання у виді позбавлення волі строком довшим, ніж 12 місяців (секція 154) [116], нижче буде розглянуто призначення покарання у виді позбавлення волі відповідно до керівних рекомендацій для Суду Корони.

Керівні рекомендації з призначення покарання стосуються загальних питань та принципів винесення вироку і регулюють широке коло злочинів, які розглядаються у Суді Корони [153]. До квітня 2010 року судді були зобов'язані враховувати керівні рекомендації, однак, після квітня 2010 року вони можуть відступати від них, якщо цього вимагають інтереси правосуддя [154, ст. 125; 153]. На суд покладено обов'язок у всіх випадках призначати винній особі вирок, в межах, які визначені в відповідних керівних рекомендаціях, а також там, де в рекомендаціях передбачені категорії справ, то вирішити яку категорію застосовувати та визначити вихідну точку для призначення покарання. При цьому суд не зв'язаний межами покарання для категорії, яка найбільш наближена до вчиненого злочину [154, ст. 125(3); 153].

Керівні рекомендації передбачають для злочинів низку можливих покарань – своєрідні рамки, в межах яких слід призначити покарання (ст. 121) [154]. Також рамки для певних злочинів можна знайти в спеціальних законах. Наприклад, Закон про зменшення насильства встановлює покарання у виді позбавлення волі строком на не менше п'яти років за використання іншої особи для приховання зброї (секція 29(4) [155].

Стаття 153 Закону про кримінальне правосуддя прямо визначає, що пріоритетом при призначенні покарання у виді позбавлення волі є його короткий строк і лише у необхідних випадках (секція 153) [116]. Довічне позбавлення волі призначається у чітко регламентованих випадках. Так, довічне позбавлення волі призначається за неумисне вбивство, замовлення вбивства, умисне завдання тяжких тілесних ушкоджень (секція 224A; ч. 1 1 Schedule 15B) [116]. Також Закон про кримінальне правосуддя чітко регламентує випадки, коли можливе звільнення від відбування довічного позбавлення волі і пояснює який строк позбавлення волі варто застосувати натомість (секція 269) [116]. Варто зазначити, що відповідно до керівних рекомендацій, максимальне покарання за крадіжку – сім років позбавлення волі, за замах на вбивство – довічне позбавлення волі, за шахрайство – до 10 років [156; 157; 158]. З цього прослідковується тенденція каральності за злочини, адже визначений максимальний строк покарання доволі суворий.

Покарання підлягає зменшенню, зокрема, в таких випадках: (1) визнання вини або (2) допомоги у розкритті злочину. Покарання збільшується, якщо злочин було зумовлено расистськими, релігійними мотивами, а також через інвалідність, сексуальну чи трансгендерну ідентичність потерпілої особи [116, секції 144-146; 159, секції 73, 74].

Фактори, які впливають на строк позбавлення волі. Закон про кримінальне правосуддя наголошує на важливості співмірності покарання із тяжкістю злочину (секція 153) [116]. Для визначення тяжкості злочину, судом має враховуватися вина злочинця та спричинена шкода (або яку мав намір спричинити злочинець, або яка могла бути спричинена у майбутньому). Якщо це обґрунтовано, суд може враховувати попередні судимості як обтяжуючий фактор, враховуючи (1)

характер попереднього злочину та його кореляцію з поточним та (2) час, який минув з моменту засудження (секція 143) [116].

Комісія з призначення покарань прямо вказує, що під час призначення покарання судді мусять брати до уваги і мету покарання, визначену в Законі про кримінальне правосуддя, і положення керівних рекомендацій [160].

На відміну від системи США, де передбачаються узагальнені рекомендації, в Англії керівні рекомендації прописуються окремо для кожного злочину. Процес призначення можна продемонструвати на прикладі шахрайства. За два види шахрайства (змову на вчинення шахрайства шляхом неправдивого представництва або шляхом нерозголошення інформації, або шляхом зловживання службовим становищем) передбачено максимальне можливе покарання – восьми років позбавлення волі, а рамки цього злочину – від звільнення до восьми років позбавлення волі. Першим кроком є визначення категорії злочину: описуються критерії для найсильнішої (залучення інших осіб у злочин шляхом примусу), середньої (значна роль у вчиненні злочину) та найменшої (залучення у злочин в результаті експлуатації) винуватості. Підлягає визначенню категорія шкоди: найсерйозніша (від 500 000 фунтів), середня (від 100 000 фунтів) і наступні категорії з меншою шкодою, відповідно до чого визначає відправну точку; та ступінь нанесення шкоди потерпілій особі, тобто наскільки шкода на неї вплинула. Другим є використання визначеної виправної точки для обрання покарання серед меж категорій покарання за допомогою таблички: за умови найсильнішої винуватості та шкоди на 500 000 фунтів – межі становлять від п'яти до восьми років позбавлення волі. При цьому варто враховувати загальні рекомендації щодо призначення покарання у виді позбавлення волі (такі як визначення потреби в саме цьому виді покарання). Передбачені обтяжуючі (спроби приховати докази) та пом'якшуючі (діяння спершу було законним) обставини. Наступними кроками є врахування підстав для зменшення покарання, безпосереднє винесення вироку та його обґрунтування [158].

Враховуючи вищенаведене, можна констатувати, що в Англії процес призначення покарання все ж менш формалізований, якщо порівнювати в США.

Однак, законодавцем та Комітетом з призначення покарання все ж докладаються зусилля, аби цей процес був якомога зрозуміліший та уніфікований.

Висновки до РОЗДІЛУ 3

Принципи правової визначеності та справедливості пронизують всі аспекти призначення покарання у виді позбавлення волі.

По-перше, правова визначеність стосується вимоги ясності та чіткості закону, який регулює призначення цього виду покарань. З одного боку, КК України прописує загальні засади призначення покарання, але з іншого боку, з огляду на судову практику і в порівнянні з законодавством інших країн, вбачається, що таке регулювання є недостатнім. Так, судова практика дуже неоднорідна стосовно призначених покарань за подібні діяння та безсистемна щодо вибору конкретного строку позбавлення волі і мотивування як ті чи інші детермінуючі фактори впливають на конкретний строк. Натомість, законодавство Швейцарії та Німеччини регулюють призначення покарання набагато ретельніше, хоча і теж без пояснення впливу певних факторів на строк позбавлення волі. Максимально можлива правова визначеність стосується системи призначення покарання у виді позбавлення волі в США, де роками розробляють доволі детальні рекомендації саме щодо визначення строку позбавлення волі. Дещо менше визначеності в Англії, де закладено більше суддівської дискреції, ніж у США. При цьому, передбачене детальне роз'яснення як визначати покарання у виді позбавлення волі.

По-друге, принцип справедливості виражається у пропорційності покарань вчиненому, тобто співмірність злочину та строку позбавлення волі. Обов'язок дотримання цього принципу покладається на суд. Проблема неоднорідності покарання характерна також і для Німеччини та Швейцарії, що можна вважати прямим недоліком відсутності регулювання впливу різних факторів на строк позбавлення волі. Натомість, системи США та Англії дозволяють максимально уніфікувати практику призначення позбавлення волі. При цьому обидві держави

залишають суддям можливість індивідуалізації покарання шляхом можливості відступити від рекомендацій або рішення щодо врахування певного фактиру при призначенні покарання.

З проаналізованого матеріалу демонструється зв'язок між метою покарання та строком позбавлення волі:

- кара як мета превалює в США, де позбавлення волі призначається дуже часто та на доволі довгі строки;
- множинність цілей покарання у Німеччині та Англії призвели до передбачення суворих покарань, але водночас до заохочення суддів утримуватися від призначення позбавлення волі;
- реабілітація як мета покарання у Швейцарії зумовила панування доволі м'яких покарань та застосування позбавлення волі у дуже виняткових випадках;
- відсутність системного підходу в українському законодавстві зумовило неоднорідні та непропорційні судові вироки.

ВИСНОВКИ

У цій магістерській роботі авторка здійснила дослідження системи призначення покарання у виді позбавлення волі через призму мети покарання та за допомогою порівняльного дослідження.

Після проведеного дослідження на основі поставлених завдань та окресленої методології можна зробити такі висновки:

1) «Позбавлення волі» за своєю суттю є обмеженням права на свободу та особисту недоторканість, а тому назва відповідного покарання має скоріше умовний характер. Воля особи не може бути позбавлена за жодних обставин навіть як реакція на вчинення злочину та відповідно до судового рішення. У цьому контексті волю можна прирівняти до свободи, яка є невід’ємною та невідчужуваною.

Аналогічними за суттю до покарання у виді позбавлення волі (строкового і довічного) є також ще три покарання у виді арешту, обмеження волі та тримання в дисциплінарному батальйоні. Хоча режими відбування та строк цих покарань відрізняються від режиму відбування та строковості позбавлення волі, однак, цієї різниці недостатньо для того, аби констатувати їх різницю за суттю. Зрештою, фактичні умови відбування цих покарань ще раз вказують, що насправді вони відносяться до родового покарання позбавлення волі. З огляду на те, що метою виокремлення арешту та обмеження волі слугувало виконання вимог гуманізації системи покарань, вбачається, що таке виконання виявилось ілюзорним. Це абсолютно не відповідає системному підходу до регулювання системи покарань, зокрема, виокремлення його видів.

Проблема однаковості за суттю цих покарань стала очевидною з появою термінологічної плутанини щодо «покарання, пов’язаного з позбавленням волі». Як наслідок, через схожість покарань та через термінологічну неточність, створилися значні ризики для правозастосування. Так, з 1 липня 2020 року наберуть чинності зміни у КК України, де буде зазначено у класифікації правопорушень на

злочини та проступки, що за останні призначаються «інші покарання, не пов'язані з позбавленням волі» без жодного роз'яснення цього терміну.

Оскільки ця норма визначає, що є кримінальним проступком і має безпосередній вплив до застосування норм про кримінальну відповідальність, вона має бути надчіткою, що обумовлює необхідність внесення до неї змін щодо термінології «покарання, не пов'язане з позбавленням волі». Також внести відповідні зміни варто до ст. 389 КК України, яка перша створила цю термінологічну проблему. Вбачається доцільним замінити невизначене формулювання і замість нього надати перелік видів злочинів, які мають на увазі законодавцем. Ці проблеми вирішуються не лише заміною формулювань, але і більш фундаментальним рішенням – залишенням в КК України лише таких покарань як штраф і позбавлення волі.

2) Українська модель покарання відноситься до індетермінованої, тобто, такої, якій притаманна широка судова дискреція та визначення законодавцем лише загальних принципів призначення покарання та встановлення доволі широких меж санкцій злочинів. Окрім України, цю модель мають також Німеччина та Швейцарія. На противагу цій моделі існує детермінована, для якої характерна максимальна з можливої формалізація процесу призначення покарання. Детермінована модель функціонує у США та в Англії.

Індетермінована модель дозволяє максимально індивідуалізувати покарання. Натомість, детермінована модель найкраще сприяє уніфікації практики призначення покарання. Проблемою індетермінованої системи є широкий суддівський розсуд, який не так просто обмежити. Якщо порівняти методи звуження суддівського розсуду в Україні, Німеччині та Швейцарії, можна констатувати, що по-перше, вони дуже подібні – визначення критеріїв, за яким призначати покарання; визначення спеціальних правил та вимога обґрунтовувати рішення суддям. По-друге, українські запобіжники неефективні та часто ігноруються судами. Механізми, які передбачені у КК Німеччини та КК Швейцарії набагато дієвіші через свою більшу деталізованість, зокрема, через вимогу, щоб судді вказували як певні обставини вплинули на призначене покарання.

Вбачається, що вибір моделі призначення покарання має зумовлюватися станом судової системи у державі. В умовах, коли до суддів ставляться багато питань щодо їх компетентності, доброчесності та сумлінності не видається обґрунтованим наділяти їх надширокою дискрецією.

3) Початком напрацювання системи призначення покарання має стати саме визначення з метою покарання. Без цього будь-яка система покарання носитиме фрагментарний, безсистемний та хаотичний характер. Різні цілі покарання потребують різних способів їх досягнення, саме тому варто чітко усвідомлювати яку мету переслідуватиме законодавець при покаранні.

Натепер виділяють декілька основних цілей покарання: кара, реабілітація (включно з ресоціалізацією) та превенція нових злочинів. До початку XX століття превалюючою метою була саме реабілітація, яка, однак, виявилася неефективною у боротьбі із злочинністю та зумовлювала надто неоднорідні та непропорційні покарання. Тому відбулася періорієнтація на караність, що тепер є пріоритетною метою у низці порівнювальних держав. Хоча і реабілітація залишається у пріоритетною.

З формулюванням множинності мети у КК України абсолютно неочевидно яким чином призначаються покарання одразу з огляду і на кару, і на виправлення, і на превенцію. Особливо в контексті того, що і відбування покарання має відповідати загальній меті покарання.

Оскільки відповідальною за формування політик щодо покарання є саме держава, треба відштовхуватися від її пріоритетних завдань. Одним із таких завдань є безпека всього суспільства, тобто саме це має бути і метою покарання – підвищити безпеку суспільства. Іншими словами, протидіяти вчиненню нових злочинів. Таким чином, притягнення особи до кримінальної відповідальності саме по собі буде реакцією на вчинений злочин (карою), але подальша система мусить бути орієнтованою на превенцію.

Питання яка система покарання найбільш відповідатиме цій меті – залишається відкритим для подальшого поглибленого дослідження експертами, комплексним аналізом, який вимагатиме значного часу. Однак, можна окреслити

декілька висновків: (1) суворість покарання не впливає на стримування особи від вчинення злочину; (2) такий ефект має радше невідворотність покарання; (3) позбавлення волі деяких людей лише схиляє до продовження (посилення) злочинної діяльності; (4) тому до призначення такого покарання варто підходити виважено; (5) надважливим є забезпечення справедливості (пропорційності) судових вироків, які б створювали довіру суспільства до системи правосуддя в цілому.

4) Для будь-якої системи призначення покарання мають стати наскрізними два принципи: правова визначеність та справедливість.

Правова визначеність стосується регламентації всіх питань навколо покарання у виді позбавлення волі. Вбачається, що найкраще відповідають цій вимозі країни із детермінованою системою покарань, адже завдяки існуванню керівних настанов особа може передбачити яке покарання може бути ймовірним наслідком її дій (навіть якщо і за допомогою адвокатів). Натомість, із вивчення КК України та судової практики можна зробити висновок лише про непередбачуваність та хаотичність призначених покарань, тому єдиним орієнтиром залишається лише межі санкції (які часто надто широкі).

Принцип справедливості судових рішень щодо позбавлення волі знаходить своє вираження у принципі пропорційності між діянням, особою та покаранням. Про важливість цього принципу свідчить той факт, що принцип пропорційності є елементом різних цілей покарання та нього звертають увагу у всіх аналізованих державах.

При цьому аналіз української практики показує, що часто призначені покарання несправедливі.

Вказане ще раз свідчить на користь зміни моделі призначення покарання або принаймні збільшення чіткості у загальних принципах призначення покарання в КК України. Інакше, правова визначеність та справедливість ризикують так і залишитися недосяжними для української судової практики.

5) Дослідження систем призначення покарання мусить відбуватися з огляду на мету покарання. З проведеного дослідження видно, що у державах, де

превалює мета кара, спостерігається більша кількість випадків призначення покарання у виді позбавлення волі та на довший строк. Це найхарактерніше для США. Контрастним прикладом є Швейцарія, де ставиться за мету реабілітація та ресоціалізація засуджених. Наслідком цього є м'які покарання навіть попри те, що передбачені покарання в законі часто суворіші, ніж у КК України. Швейцарські судді просто обережніше призначають суворі покарання.

В Україні, Німеччині та Швейцарії відсутні підходи до визначення які фактори яким чином впливають на призначене покарання. Розроблені рекомендації вищими судовими інстанціями хоч і більш детальні, але все одно не дають відповіді на це питання. Очевидно, що це не є проблемою для США та Англії, де керівні настанови передбачають максимально точно з можливого як враховувати яку обставину. Варто зазначити, що у питанні винесення конкретного строку у англійських суддів більше дискреції, ніж у американських. Керівні настанови постійно переглядаються та оновлюються, що виключає їх не відповідність суспільним відносинам. Більше того, оскільки вони напрацьовуються спеціально створеним комітетом, процедура схвалення змін до настанов видається набагато ефективнішим способом реагування на зміни суспільних відносин.

6) Отже, практичні проблеми реалізації законодавчого регулювання щодо покарання у виді позбавлення волі в Україні полягають у відсутності розуміння суддями яким чином призначати відповідні покарання. Це проявляється у абсолютному ігноруванні пояснення обраного строку позбавлення волі, а також у призначенні неоднорідних покарань за подібні діяння.

7) З огляду на вищенаведене, доцільно виокремити такі напрями зміни системи призначення покарання:

- адаптувати модель призначення покарання до українських реалій. За відсутності якісної судової системи, доцільно вести мову про формалізацію покарання. Тобто, передбачити максимально передбачуваний процес призначення покарання, але з можливостями для індивідуалізації покарання. Наприклад, право суду відступити від формалізованих настанов, але із обов'язковим зазначенням мотивів для цього, які фактори стали вирішальними.

- визначитися з пріоритетною метою призначення покарання. Пропонується вважати пріоритетною метою превенцію вчинення нових злочинів, де головними принципами є невідворотність покарання, пропорційність та правова визначеність;

- визначитися з системою призначення покарання, яка найкраще підходить для задоволення обраної мети. Для цього провести комплексне дослідження взаємозв'язку між впливом різних покарань (за видами, строковістю, режимом відбування) та обраною метою;

- лише після цього розробити рекомендації щодо впливу певних обставин на строк позбавлення волі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Едмунд Берк: роздуми консерватора. URL: <http://open.knbs.ua/edmund-berk-rozdumi-konservatora/> (Last accessed: 12.05.2020).
2. World Prison Brief data. Ukraine. URL: <https://www.prisonstudies.org/country/ukraine> (Last accessed: 12.05.2020).
3. Кримінально-виконавча система у 2011 році: Статистика. URL: <http://ukrprison.org.ua/statistics/1329133962> (дата звернення: 12.05.2020).
4. Звіт Харківської правозахисної організації. URL: <http://library.khpg.org/index.php?id=1157701172> (дата звернення: 12.05.2020).
5. Кримінально-виконавча система України в 2019 році. Статистичний огляд. URL: <http://ukrprison.org.ua/articles/1581323348> (дата звернення: 12.05.2020).
6. Я не обговорюю рішення суду, а виконую. *Закон і обов'язок*, 6 листопада 2017 р. № 43 / 3345.
7. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення: 28.04.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 12.05.2020).
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22.11.2018 р. № 2617-VIII. Дата оновлення: 20.12.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19> (дата звернення: 12.05.2020).
9. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 28.04.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 12.05.2020).
10. Про амністію: Закон України від 05.07.2001 р. № 2593-III. Дата оновлення: 05.07.2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2593-14> (дата звернення: 12.05.2020).

11. Постанова Пленуму Верховного суду України від 24.10.2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» . Дата оновлення: 06.11.2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/v0007700-03?lang=uk#top> (дата звернення: 12.05.2020).
12. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду України від 26 червня 2014 р., судова справа № 5-19кс14. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/vs140313?an=1> (дата звернення: 12.05.2020).
13. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 3 квітня 2019 р., судова справа № 738/440/17. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/c008224?an=8> (дата звернення: 12.05.2020).
14. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 26 жовтня 2017 р., судова справа № 344/7495/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70390732> (дата звернення: 12.05.2020).
15. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 08 листопада 2018 р., судова справа № 243/3885/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78111237> (дата звернення: 12.05.2020).
16. Сташис В.В. Основні новели нового Кримінального кодексу України. *Вісник до 10-річчя Академії правових наук України*, 2002 р. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/5798/1/Stashus_612.pdf (дата звернення: 12.05.2020).
17. Баулін Ю.В. Сучасне кримінальне право України: підсумки, тенденції, перспективи розвитку. 2012 р. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6197/1/Baulin_29.pdf (дата звернення: 12.05.2020).
18. Грищук В.К. Науково-практичний коментар до статті 60 Кримінального кодексу України. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/KK004560?an=16> (дата звернення: 12.05.2020).
19. Новосад О.Ю. Кримінально-виконавчі засади участі прокуратури України у сфері виконання покарань: дис. ... д. юрид. наук. Луцьк, 2019. 522 с.

20. Шинкарьов Ю.В. Арешт як вид кримінального покарання та особливості правового регулювання його виконання та відбування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2007. 21 с.
21. Новікова К.А., Обмеження волі як вид покарання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2015. 24 с.
22. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 21.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 12.05.2020).
23. Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р., судова справа № 1-1/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16> (дата звернення: 12.05.2020).
24. Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2011 р., судова справа № 1-28/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-11#Text> (дата звернення: 12.05.2020).
25. Рішення Конституційного Суду України від 23 листопада 2017 р., судова справа № 1-28/2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-17> (дата звернення: 12.05.2020).
26. Рішення Конституційного Суду України від 26 червня 2003 р., судова справа № 1-15/2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-03> (дата звернення: 12.05.2020).
27. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний договір від 04.11.1950 р. № 995_004, Дата оновлення: 02.10.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 12.05.2020).
28. Справа Гарькавий проти України (2010), заява № 25978/07. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_544 (дата звернення: 12.05.2020).
29. Case Stafford v. The United Kingdom (2002), application No 46295/99. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Stafford%20v.%20the%20United%20Kingdom%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-60486%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Stafford%20v.%20the%20United%20Kingdom%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60486%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).

30. Case of Amuur v. France application (1996), application No 19776/92. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-57988%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-57988%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
31. Case of Creangă v. Romania (2012), application No 29226/03 URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-109226%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-109226%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
32. Case of Guzzardi v. Italy (1980), application No 7367/76. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57498%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57498%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
33. Case of Engel and Others v. the Netherlands (1976), application No 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Engel%20and%20others%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57479%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Engel%20and%20others%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57479%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
34. Case of Austin and Others v. the United Kingdom (2012), application No 39692/09, 40713/09 and 41008/09. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-109581%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-109581%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
35. Case of Nada v. Switzerland (2012), application No 10593/08. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-113118%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-113118%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
36. Case of Osypenko v. Ukraine (2011), application No 4634/04. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-101676%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-101676%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
37. Case of H.M. v. Switzerland (2002), application No 39187/98. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-60169%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60169%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
38. Case of Storck v. Germany (2005), application No 61603/00. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-69374%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-69374%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).

39. NOVOTKA v. Slovakia (2003), application No 47244/99. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2247244/99%22\],%22itemid%22:\[%22001-23524%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2247244/99%22],%22itemid%22:[%22001-23524%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
40. Справа Горшков проти України (2005), заява № 67531/01. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_090 (дата звернення: 12.05.2020).
41. Case of Rantsev v. Cyprus and Russia (2010), application No 25965/04. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-96549%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96549%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
42. Case of M.A. v. Cyprus (2013), application No 41872/10. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22M.A.%20v.%20Cyprus%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-122889%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22M.A.%20v.%20Cyprus%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-122889%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
43. Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань: Наказ Міністерства Юстиції від 28.08.2018 р. № 2823/5. Дата оновлення: 31.03.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1010-18#Text> (дата звернення: 12.05.2020).
44. Кримінально-виконавчий кодекс України: Закон України від 11.07.2003 р. № 1129-IV. Дата оновлення: 16.01.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15> (дата звернення: 12.05.2020).
45. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2014. 944 с.
46. Гель А.П. Чи можна вважати покарання у виді обмеження волі реальною альтернативою позбавленню волі на певний строк. URL: <http://khpg.org/index.php?id=1239797977> (дата звернення: 12.05.2020).
47. Кримінальний кодекс України: Закон України від 28.12.1960 р. № 2001-05. Дата оновлення: 20.06.2001, Втратив чинність: 01.09.2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05/ed20010620> (дата звернення: 12.05.2020)

48. United States Sentencing Commission Guidelines, Policy Statements, and Commentary. URL: <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated> (Last accessed: 12.05.2020).
49. Swiss Criminal Code of 21 December 1937. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html#a48a> (Last accessed: 12.05.2020).
50. URL: <https://www.facebook.com/nikolaj.havronuk/posts/3036592489705769> (дата звернення: 12.05.2020).
51. URL: <https://www.facebook.com/100011121947008/videos/1109044896142898/> (дата звернення: 12.05.2020).
52. A. Lawrence. Making Sense of Sentencing: State Systems and Policies. *National Conference Of State Legislatures*. 2015. URL: <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/making-sense-of-sentencing-state-systems-and-policies.aspx> (Last accessed: 12.05.2020).
53. J.C. Oleson. Sentencing Theories, Practices, and Trends. *The Palgrave Handbook of Australian and New Zealand Criminology, Crime and Justice* / eds.: A. Deckert, R. Sarre. Palgrave Macmillan, Cham, 2017. 21 с.
54. Бабанли Р.Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади: монографія. Чернігів: Десна Поліграф, 2019. 488 с.
55. T. Hörnle. Moderate and non-arbitrary sentencing without guidelines: the german experience. *A Global Perspective on Sentencing Reforms*. 2013. P. 189-210. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4351&context=lcp>
56. Гасс Ш., Нолль Д.. Призначення покарання та санкції у системі права Швейцарії. *Інформаційний бюлетень (Вісник) Центру суддівських студій*, 2004 № 2-3. С. 27-37. URL: <http://www.judges.org.ua/visnik.htm> (дата звернення: 12.05.2020).
57. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – 392 с
58. Туляков В.О. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2012. 22 с.

59. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 26 квітня 2018 р., судова справа № 757/15167/15-к. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/vs181341?an=&ed=&dtm=> (дата звернення: 12.05.2020).
60. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 жовтня 2018 р., судова справа № 756/4830/17-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77088300> (дата звернення: 12.05.2020).
61. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 22 березня 2018 р., судова справа № 207/5011/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73001386> (дата звернення: 12.05.2020).
62. Вирок Київського районного суду м.Одеси від 30 січня 2020 р., судова справа № 947/20855/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87252732> (дата звернення: 12.05.2020).
63. Вирок Гощанського районного суду Рівненської області від 31 березня 2020 р., судова справа № 557/1625/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88530298> (дата звернення: 12.05.2020).
64. M. Arslan. The main determinants of sentencing decisions in Germany. Law & Justice Review, Year: 10, Issue: 19. 2019. URL: https://www.researchgate.net/publication/339874813_THE_MAIN_DETERMINANTS_OF_SENTENCING_DECISIONS_IN_GERMANY (дата звернення: 12.05.2020).
65. German Code of Criminal Procedure of 7 April 1987. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0014 (Last accessed: 12.05.2020).
66. G. Gilliéron. Wrongful Convictions in Switzerland: A Problem of Summary Proceedings. University of Cincinnati Law Review, 2012. Vol. 80. 21 с.
67. URL: <https://www.ussc.gov/guidelines> (Last accessed: 12.05.2020).
68. K. Stith & S.Y. Koh, The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines, Wake Forest Law Review, 1993. Vol. 28. P. 223-290.
69. S. Breyer. The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises upon Which They Rest, Hofstra Law Review, 1988. Vol 17. 50 с.

70. Judgment of the United States Supreme Court in case *Mistretta v. United States* of 18 January 1989, court case No 488 U.S. 361. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/361/> (Last accessed: 12.05.2020).
71. Scotland's first court sentencing guidelines come into force. URL: <https://www.itv.com/news/2018-11-25/scotlands-first-sentencing-guidelines-come-into-force/> (Last accessed: 12.05.2020).
72. Sentencing guidelines mechanisms in other jurisdictions. URL: <http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/committees/2016-2017/justice/research-papers-2016/sentencing-guidelines-mechanisms-in-other-jurisdictions/> (Last accessed: 12.05.2020).
73. M. K. Dhami. Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities? *Law and Contemporary Problems*, 2013. P. 289-307.
74. A. Von Hirsch. Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory. *Maryland Law Review*, 1983. Vol. 42. P. 6-36.
75. Азаров Д.С. Врахування ступеня тяжкості злочину при призначенні покарання із застосуванням статті 69 Кк України. *Наука і правоохорона*. 2014. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/3396/Azarov_Vrakhuvannia_stupenia_tiazhkosti_zlochynu%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 12.05.2020).
76. Музика/Горох, Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: монографія. Київ: ПАЛІВОДА А.В., 2012. 410 с.
77. R.S. Frase. Punishment Purposes. *Stanford Law Review*, 2005. Vol. 58. P. 67-84. URL: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1553&context=faculty_articles (Last accessed: 12.05.2020).
78. Хавронюк М.І., Кримінально-правова система в Україні у взаємодії із зарубіжними кримінально-правовими системами (частина II). *Вісник Асоціації кримінального права України*, 2015, № 2(5). С. 9-43.
79. S. Brody. Research into the Aims and Effectiveness of Sentencing. *Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, 1978. Vol. 17, no. 3. P. 133-148.

80. Norval Morris, *Madness and the Criminal Law* Chicago: The University of Chicago Press, 1982.
81. C. Gisler, I. Pruin, U. Hostettler. *Experiences with Welfare, Rehabilitation and Reintegration of Prisoners: Lessons Learned*. UNRISD Working Paper, 2018. URL: https://www.researchgate.net/publication/324795984_Experiences_with_Welfare_Rehabilitation_and_Reintegration_of_Prisoners_Lessons_Learned (Last accessed: 12.05.2020).
82. Курс уголовного права: Общая часть. – Т. 2 / ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М., 2002.
83. Зубкова В.И. *Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика*. – М., 2002
84. M. Tonry, *Purposes and Functions of Sentencing*. CRIME & JUST., 2006. Vol. 34. 53 с.
85. Ч. Беккариа, *О преступлении и наказании*. URL: <http://protivpytok.org/biblioteka/bekkaria-chezare-o-prestuplenii-i-nakazanii> (дата звернення: 12.05.2020).
86. E. Rafter, *Criminal Law and Procedure in Switzerland Since the Armistice*. Journal of Criminal Law and Criminology, 1922. Vol. 12. P. 594-603.
87. A. Ashworth. *Sentencing and Criminal Justice*. Fourth edition. Cambridge University Press, 6th edn, 2005.
88. S. Bondolfi *Why Switzerland is lenient with criminals*. URL: https://www.swissinfo.ch/eng/criminal-sentencing_why-switzerland-is-lenient-with-criminals/44655910 (дата звернення: 12.05.2020).
89. *Handbook of basic principles and promising practices on alternatives to imprisonment*, 2007. URL: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_of_Basic_Principles_and_Promising_Practices_on_Alternatives_to_Imprisonment.pdf (дата звернення: 12.05.2020).
90. Марчук А.І., *Кримінологічні засади класифікації засуджених до позбавлення волі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук*. Одеса, 2013. 20 с.

91. United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures, Adopted by General Assembly resolution 45/110 of 14 December 1990. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/tokyorules.pdf> (дата звернення: 12.05.2020).
92. Словник української мови. URL: <http://sum.in.ua/s/cilj> (дата звернення: 12.05.2020).
93. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р., судова справа № 1-33/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> (дата звернення: 12.05.2020).
94. W. Gentz. The Problem of Punishment in Germany. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1932. Vol. 22. P. 873-894.
95. S. GERN. Dangerousness, long prison terms, and preventive measures in Germany, 2008. URL: <https://journals.openedition.org/champpenal/7546#bodyftn4> (дата звернення: 12.05.2020).
96. Roxin C., Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre, 4th ed., Beck, München, 2006.
97. Safferling C.J.M., 2004, Can criminal prosecution be the answer to massive human rights violations?, *German Law Journal*, Vol. 5, P. 1469–1488.
98. Judgment of the German Federal Court of Justice of 25 February 1975, court case No 1 BvF 1/74 et al. (= BVerfGE 39, 1 <57>).
99. Judgment of the German Federal Court of Justice of 21 June 1977, court case No 1 BvL 14/76 (= BVerfGE 45, 187 <253 sq.>).
100. S. Meijer. Rehabilitation as a Positive Obligation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017. Vol. 25. P. 145-162.
101. M.D. Dubber,. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, 2005. Vol. 53, No. 3. P. 679-707
102. T. Weigend. Sentencing in West Germany. *Maryland Law Review*, 1983. Vol. 42. P. 37-89.
103. Judgement of the German Federal Constitutional Court of 14 January 2014, court case No 2 BvR 564/95. URL: <https://lexetius.com/2004,579> (Last accessed: 12.05.2020).

104. Judgement of the German Federal Constitutional Court of 19 March 2013, court case No 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/03/rs20130319_2bvr262810en.html (Last accessed: 12.05.2020).
105. Act on the Execution of Prison Sentences and Measures of Reform and Prevention Involving Deprivation of Liberty. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stvollzg/englisch_stvollzg.html#p0018 (Last accessed: 12.05.2020).
106. Judgement of the German Federal Constitutional Court of 5 June 1973, court case No BVerfGE 35, 202. URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=62> (Last accessed: 12.05.2020).
107. Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19810037/201903010000/351.1.pdf> (Last accessed: 12.05.2020).
108. I. Marti. Doing (With) Time Dealing with indefinite incarceration in Switzerland. Tsantsa, 2017. Vol. 22. P. 68 – 77.
109. A. Alschuler. The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the Last Century and Some Thoughts about the Next. The University of Chicago Law Review, 2003. Vol. 70. 22 c.
110. Judgment of the United States Supreme Court in case Williams v. People of State of New York of 6 June 1949, court case No 337 U.S. 241. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/337/241.html#t13> (Last accessed: 12.05.2020).
111. H.A. Bedau, E. Kelly, Punishment, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/punishment/> (Last accessed: 12.05.2020).
112. G. V. BRADLEY, Retribution and the Secondary Aims of Punishment. The American Journal of Jurisprudence, 1999. P. 105-123.
113. 28 United States Code . URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/992> (Last accessed: 12.05.2020).
114. 18 United States Code. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3582> (Last accessed: 12.05.2020).

115. Judgment of the United States Supreme Court in case *Tapia v. United States* of 16 June 2011, court case No 564 U.S. 319. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/319/#tab-opinion-1963644> (Last accessed: 12.05.2020).
116. Criminal Justice Act of 20 November 2003. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/142> (Last accessed: 12.05.2020).
117. Explanatory Notes to the Criminal Justice Act. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/notes/contents> (Last accessed: 12.05.2020).
118. Sentencing basics. URL: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/sentencing-basics/> (Last accessed: 12.05.2020).
119. T. Newburn. Tough on Crime: Penal Policy in England and Wales. *Crime and Justice*, 2007. Vol. 36, No. 1. P. 425-470.
120. Criminal Justice Act 1991. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/section/1/1992-10-01> (Last accessed: 12.05.2020).
121. Case of *Medvedyev and Others v. France* (2010), application No 3394/03. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-97979%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-97979%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
122. Case of *Del Rio Prada v. Spain* (2012), application No 42750/09. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-112108%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-112108%22]}) (Last accessed: 12.05.2020).
123. Справа Новік проти України (2008), заява № 48068/06. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_442#Text (дата звернення: 12.05.2020).
124. Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р., судова справа № 1-12/2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03> (дата звернення: 12.05.2020).
125. Рішення Конституційного Суду України від 26 січня 2011 р., судова справа № 1-5/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-11> (дата звернення: 12.05.2020).

126. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 5 червня 2018 р., судова справа № 734/3748/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74598789> (дата звернення: 12.05.2020).
127. Вирок Баглійського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області від 15 березня 2016 р., судова справа № 207/5011/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56470508> (дата звернення: 12.05.2020).
128. Я вб'ю твого сина і потім побачимо, чи зможеш ти дихати. URL: https://lb.ua/society/2019/09/13/437190_ya_vbyu_tvogo_sina_i_potim_pobachimo_chi.html (дата звернення: 12.05.2020).
129. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 6 грудня 2018 р., судова справа № 712/8515/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78589540> (дата звернення: 12.05.2020).
130. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 4 грудня 2018 р., судова справа № 161/16073/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78496941> (дата звернення: 12.05.2020).
131. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-05> (дата звернення: 12.05.2020).
132. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 13 лютого 2020 р., судова справа № 327/232/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87640632> (дата звернення: 12.05.2020).
133. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Великої Палати Верховного Суду від 16 травня 2018 р., судова справа № 1-13/2002. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74158440> (дата звернення: 12.05.2020).
134. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 19 вересня 2019 р., судова справа № 740/1894/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84481838> (дата звернення: 12.05.2020).

135. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 22 жовтня 2019 р., судова справа № 648/1257/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85269290> (дата звернення: 12.05.2020).
136. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12 листопада 2019 р., судова справа № 629/1654/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85743653> (дата звернення: 12.05.2020).
137. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 06 лютого 2020 р., судова справа № 7130/1180/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87517546> (дата звернення: 12.05.2020).
138. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 11 лютого 2020 р., судова справа № 664/1942/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87640664> (дата звернення: 12.05.2020).
139. Вирок Заставнівського районного суду Чернівецької області від 10 лютого 2020 р., судова справа № 716/2325/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87472152> (дата звернення: 12.05.2020).
140. Вирок Заставнівського районного суду Чернівецької області від 12 березня 2020 р., судова справа № 716/158/20. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88166723> (дата звернення: 12.05.2020).
141. Вирок Скадовського районного суду Херсонської області від 11 грудня 2019 р., судова справа № 663/3510/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86295642> (дата звернення: 12.05.2020).
142. Вирок Городнянського районного суду Чернігівської області від 21 жовтня 2019 р., судова справа № 732/1492/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85073302> (дата звернення: 12.05.2020).
143. H.-J. Albrecht, Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions and Sentencing. *Law and Contemporary Problems*, 2013. P. 211-236.
144. Judgment of the German Federal Court of Justice of 14 December 2016, court case No 2 StR 338/16. URL: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/16/2-338-16.php> (Last accessed: 12.05.2020).

145. M. Meinhardt, F. Lenggenhager. Switzerland. *Bribery and Corruption Laws and Regulations 2020* / eds. J. Pickworth, J. Dimmock. 7 ed.: Global Legal Group (Last accessed: 12.05.2020).
146. M. Henzelin, D.L. Bühr. Switzerland. URL: https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/20150120_Getting_the_Deal_Through_-_Anti-Corruption_Regulation_2015_-_Switzerland_Qatar_and_CMS.pdf (Last accessed: 12.05.2020).
147. M.K. Suess, Punishment in the State of Nature: John Locke and Criminal Punishment in the United States of America. Washington University Jurisprudence Review, 2015. P. 367-397.
148. Judgment of the United States Supreme Court in case *Connally v. General Const. Co.* of 4 January 1926, court case No 269 U.S. 385. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/269/385.html> (Last accessed: 12.05.2020).
149. C.B. Hessick. Vagueness Principles. Arizona State Law Journal. P.1137-1167. URL: http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2017/03/Hessick_final.pdf (Last accessed: 12.05.2020).
150. Judgment of the United States Supreme Court in case *Johnson v. United States* of 26 June 2015, court case No 576 U.S. 591. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/13-7120> (Last accessed: 12.05.2020).
151. Judgment of the United States Supreme Court in case *Beckles v. United States* of 6 March 2017, court case No 15–8544. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/15-8544.html> (Last accessed: 12.05.2020).
152. Sentencing Council. URL: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> (Last accessed: 12.05.2020).
153. About Guidelines. URL: ¹ <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/about-guidelines/> (Last accessed: 12.05.2020).
154. Coroners and Justice Act 2009. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/contents> (Last accessed: 12.05.2020).
155. Violent Crime Reduction Act 2006. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/38/contents> (Last accessed: 12.05.2020).

156. Sentencing guidelines. Theft – general. URL: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/theft-general/> (Last accessed: 12.05.2020).
157. Sentencing guidelines. Attempted murder. URL: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/attempted-murder/> (Last accessed: 12.05.2020).
158. Sentencing guidelines. Fraud. URL: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/fraud/> (Last accessed: 12.05.2020).
159. Serious Organised Crime and Police Act 2005. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/15/contents> (Last accessed: 12.05.2020).
160. How sentences are worked out. URL: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/how-sentences-are-worked-out/> (Last accessed: 12.05.2020).
161. Judgment of the United States Supreme Court in case United States v. Batchelder of 4 June 1979, court case No 442 U.S. 123. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/442/114.html> (Last accessed: 12.05.2020).
162. Sentencing Table. URL: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/Sentencing_Table.pdf (Last accessed: 12.05.2020).
163. German Criminal Code of 13 November 1998. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0593 (Last accessed: 12.05.2020).

Додаток 1

Список використаних судових рішень щодо призначення покарання за злочин, передбачений ст. 126 КК України

Призначено покарання у виді позбавлення волі

1. Вирок Скадовського районного суду Херсонської області від 11 грудня 2019 р.,
судова справа № 663/3510/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86295642> (дата звернення: 12.05.2020).
2. Вирок Коростишівського районного суду Житомирської області від 18 листопада
2019 р., судова справа № 935/1679/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85688756> (дата звернення: 12.05.2020).
3. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 26 лютого 2020 р., судова
справа № 755/2656/20. Вирок URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87872710> (дата звернення: 12.05.2020).
4. Вирок Михайлівського районного суду Запорізької області від 13 листопада
2019 р., судова справа № 321/1533/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85601977> (дата звернення: 12.05.2020).
5. Вирок Дворічанського районного суду Харківської області від 15 квітня 2020 р.,
судова справа № 618/217/20. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88788298> (дата звернення: 12.05.2020).
6. Вирок Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області від 22 січня
2020 р., судова справа № 396/1762/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87063174> (дата звернення: 12.05.2020).
7. Вирок Тернівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської
області від 05 лютого 2020 р., судова справа № 215/5218/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87369229> (дата звернення: 12.05.2020).
8. Вирок Сєверодонецького міського суду Луганської області від 06 квітня 2020 р.,
судова справа № 428/2814/20. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88710619> (дата звернення: 12.05.2020).

9. Вирок Скадовського районного суду Херсонської області від 03 лютого 2020 р.,
судова справа № 663/3725/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87323526> (дата звернення: 12.05.2020).

10. Вирок Заставнівського районного суду Чернівецької області від 10 лютого 2020 р.,
судова справа № 716/2325/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87472152> (дата звернення: 12.05.2020).

11. Вирок Заставнівського районного суду Чернівецької області від 12 березня 2020 р.,
судова справа № 716/158/20. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88166723> (дата звернення: 12.05.2020).

Призначено покарання у виді обмеження волі

12. Вирок Білозерського районного суду Херсонської області від 29 січня 2020 р.,
судова справа № 648/3770/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87219695> (дата звернення: 12.05.2020).

13. Вирок Червоноградського міського суду Львівської області від 02 липня 2019 р.,
судова справа № 459/1774/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82781280> (дата звернення: 12.05.2020).

14. Вирок Радомишльського районного суду Житомирської області від 27 листопада 2019 р.,
судова справа № 289/1247/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86035847> (дата звернення: 12.05.2020).

15. Вирок Червоноградського міського суду Львівської області від 04 липня 2019 р.,
судова справа № 459/1773/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82839565> (дата звернення: 12.05.2020).

16. Вирок Голосіївського районного суду міста Києва від 12.02.2020 р., судова
справа № 752/25784/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87519572> (дата
звернення: 12.05.2020).

17. Вирок Індустріального районного суду міста Дніпропетровська від 18 грудня
2019 р., судова справа № 202/5312/19. URL:
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/845116631> (дата звернення: 12.05.2020).

18. Вирок Городнянського районного суду Чернігівської області від 21 жовтня 2019 р.,
судова справа № 732/1492/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85073302> (дата звернення: 12.05.2020).
19. Вирок Сокирянського районного суду Чернівецької області від 08 січня 2020 р.,
судова справа № 722/1930/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86789622> (дата звернення: 12.05.2020).
20. Вирок Машівського районного суду Полтавської області від 14 квітня 2020 р.,
судова справа № 948/271/20. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88753523> (дата звернення: 12.05.2020).
21. Вирок Красноградського районного суду Харківської області від 16 липня 2019 р.,
судова справа № 626/1416/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83109721> (дата звернення: 12.05.2020).
22. Вирок Чутівського районного суду Полтавської області від 24 січня 2020 р.,
судова справа № 550/43/20. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87161089> (дата звернення: 12.05.2020).
23. Вирок Межівського районного суду Дніпропетровської області від 17 липня 2019р.,
судова справа № 181/793/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83063734> (дата звернення: 12.05.2020).
24. Вирок Гощанського районного суду Рівненської області від 31 березня 2020 р.,
судова справа № 557/1625/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88530298> (дата звернення: 12.05.2020).
25. Вирок Чутівського районного суду Полтавської області від 06 березня 2020 р.,
судова справа № 550/241/20. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88067609> (дата звернення: 12.05.2020).
26. Вирок Сєверодонецького міського суду Луганської області від 18 листопада 2019 р.,
судова справа № 428/12464/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86752181> (дата звернення: 12.05.2020).

Ілюстративний приклад призначення покарання у виді громадських робіт

27. Вирок Заставнівського районного суду Чернівецької області від 11 листопада 2019 р., судова справа № 716/1191/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85522819> (дата звернення: 12.05.2020).