

УДК 343.2

<https://doi.org/10.34142/23121661.2021.33.12>orcid.org/0000-0003-1173-7975

© Шинкаръов Ю.В., 2021

Ю.В. ШИНКАРЪОВ**ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ
СПЕЦІАЛЬНИХ ЗАСАД ПРИЗНАЧЕННЯ
ПОКАРАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ
УКРАЇНИ ТА ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ
НІМЕЧЧИНА****Yu. SHINKAROV****COMPARATIVELY-LEGAL ANALYSIS
OF THE SPECIAL PRINCIPLES
OF AWARDING PUNISHMENT
IS ON LEGISLATION OF UKRAINE
AND FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY**

Анотація. У статті здійснюється порівняння законодавства України та Федеративної Республіки Німеччини щодо правового регулювання спеціальних засад призначення покарання. Проводиться науковий пошук у законодавстві Німеччини аналогів спеціальних засад призначення покарання, які окреслені українським законодавством.

Ключові слова: порівняльно-правовий аналіз, компаративне дослідження, призначення покарання, спеціальні засади призначення покарання, кримінальне законодавство Німеччини.

Аннотация. В статье осуществляется сравнение законодательства Украины и Федеративной республики Германии относительно правового регулирования специальных начал назначения наказания. Проводится научный поиск в законодательстве Германии аналогов специальных начал назначения наказания, которые очерчены украинским законодательством.

Ключевые слова: сравнительно-правовой анализ, компаративное исследование, назначение наказания, специальные начала назначения наказания, уголовное законодательство Германии

Abstract. The article compares the legislation of Ukraine and the Federal Republic of Germany on the legal regulation of special principles of sentencing. There is a scientific search in German law for analogues of the social principles of sentencing, which are outlined by Ukrainian law. The Criminal Code of the Republic of Germany is studied as a normative legal act regulating the procedure for sentencing. There is a separate legal act on the legal regulation of sentencing minors. Differences in the legal regulation of certain rules of sentencing under the laws of Ukraine

and Germany were revealed. There is a variety of approaches to establishing mitigation approaches in the legislation of the studied states. It was found that in the German legislation there are no special principles of sentencing in the usual sense. It has been determined that the main tool in ensuring the individualization of punishment in Germany is judicial review. It is stated that it is impossible to implement the German experience in Ukraine in modern conditions.

Key words: comparative legal analysis, comparative study, sentencing, special conditions of sentencing, criminal legislation of Germany.

Постановка проблеми. Нині в процесі розвитку сучасної держави інтеграційні процеси набувають особливого значення. Зокрема це стосується й України, яка вибрала європейський вектор своєї правової еволюції. Важливим у цьому контексті є дослідження досвіду провідних країн європейського простору. Запозичення позитивного досвіду зазначених країн є необхідною умовою для якісного реформування чинного законодавства України. Саме тому будь-яке ґрунтовне правове дослідження не може бути здійснено без порівняльно-правового аналізу питань, що є предметом наукового пошуку. Час, коли кримінальне право розглядалося виключно як національне утворення, вже певним чином залишився позаду. Як зазначає В.О. Туляков, «порівняльно-правовий (порівняльний, компаративний) метод у науці кримінального права використовується для визначення змісту кримінально-правових норм та інститутів, характеристик кримінальної політики держави чи міждержавних угруповань, законодавство яких досліджується з метою виявлення загальних змістовних рис і характеристик догми права й закономірностей її розвитку для подальшого визначення можливих напрямів удосконалення кримінального законодавства України та практичного його застосування» [10, с. 29].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Одним із питань сучасного кримінального права, що не отримало належного порівняльно-правового аналізу, є субінститут спеціальних засад призначення покарання. Незважаючи на відсутність його нормативного визначення, розпорошеність його за різними структурними частинами Кримінального кодексу, значна кількість сучасних вчених визнають його наявність і наголошують на необхідності його правового дослідження. У сучасному кримінальному праві можна виокремити певний комплекс робіт, присвячених аналізу окремих проблем або окремих спеціальних засад призначення покарання [1; 4; 6; 8; 9; 11; 12], але майже відсутні роботи, у яких би здійснювався компаративний аналіз зазначених засад. Тому **метою нашої наукової статті** є здійснення порівняльно-правового дослідження нормативної регламентації спеціальних засад призначення покарання за законодавством України та Німеччини.

Виклад основного матеріалу. Базисом для аналізу законодавства Німеччини є Кримінальне уложення Федеративної Республіки Німеччини – Strafgesetzbuch [2].

Не розглядаючи теоретико-правові аспекти формування дефініції спеціальних засад як передумови для компаративного аналізу визначимо перелік принципів, які повинні бути виокремленими та проаналізованими.

Так, на думку О.О. Дудорова, до спеціальних засад призначення покарання належать:

1) призначення покарання особі, визнаній обмежено осудною (ч. 2 ст. 20 КК України);

2) призначення покарання особі, яка вчинила кримінальне правопорушення під час здійснення спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінальної протиправності (злочинної діяльності) організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 43 КК України);

3) призначення покарання особі, яка вчинила незавершене кримінальне правопорушення або правопорушення, вчинене за співучасті (ст. 68 КК України);

4) призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК України); призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують його (ст. 69-1 України);

5) призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень або сукупністю вироків (ст.ст. 70, 71 КК України);

б) призначення покарання неповнолітньому (ст. 103 КК України) [3, с. 122].

На думку інших дослідників, до переліку спеціальних засад належать:

1) призначення покарання особі, яку визнано судом обмежено осудною (ч. 2 ст. 20 КК України);

2) правила призначення покарання особі, яка вчинила кримінальне правопорушення під час здійснення спеціального завдання з попередження або розкриття кримінально-протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 43 КК України);

3) правила призначення покарання за незавершене кримінальне правопорушення та правопорушення, вчинене за співучасті (ст. 68 КК України);

4) правила призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень (ст. 70 КК України) та сукупністю вироків (ст. 71 КК України);

5) правила призначення покарання неповнолітнім (ст. 103 КК України) [7, с. 17].

Як спеціальні засади призначення покарання необхідно розглядати будь-які з них, що встановлюють окрему методику призначення покарання, а отже, розглянемо більш повний їхній перелік.

Визначивши обсяг дослідження, можна безпосередньо перейти до здійснення компаративного аналізу спеціальних засад призначення покарання за законодавством Німеччини та України.

1. Призначення покарання обмежено осудній особі. Незважаючи на те, що такий стан як «обмежена осудність» зустрічається не дуже часто в законодавстві країн Європи, Кримінальне уложення ФРН застосовує поняття «зменшена осудність» і в параграфі 21 зазначає, що «якщо здатність виконавця усвідомлювати неправомірність діяння або діяти відповідно до усвідомлення неправомірності під час вчинення діяння значно знижена, то покарання може бути пом'якшено». На відміну від законодавства України, де в ч. 2 ст. 20 КК України достатньо нечітко зазначено, що «визнання особи обмежено осудною враховується (курсив – наш) судом під час призначення покарання», законодавство Німеччини визначає, що покарання може бути пом'якшено (але не зазначено на скільки), тобто факт обмеженої осудності належить до підстав, які можуть викликати *факультативне* пом'якшення покарання.

2. Призначення покарання особі, яка вчинила кримінальне правопорушення під час здійснення спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Зазначена спеціальна засада призначення покарання відсутня в законодавстві ФРН, яке не передбачає ніяких пільгових правил призначення покарання особам, які здійснюють діяльність такого роду.

3. Призначення покарання особі, яка вчинила незавершене кримінальне правопорушення або правопорушення, вчинене за співучасті. Аналог цієї засади передбачений в ч. 2 параграфа 23 Уложення, де зазначено, що покарання може бути більш м'яким, ніж за завершене діяння. Отже, на відміну від законодавства України, де чітко передбачена пропорційність зниження покарання співвідносно до завершеного правопорушення, у законодавстві Німеччини щодо цього передбачена лише факультативна можливість зниження покарання.

4. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Аналог зазначеної засади передбачений параграфом 49, згідно з яким визначені особливі законодавчо встановлені підстави для пом'якшення покарання. Так, у цьому Положенні зазначається:

1 якщо пом'якшення покарання предписано або допущено, то:

1) довічне позбавлення волі замінюється на позбавлення волі на строк, не менше трьох років;

2) у разі позбавлення волі на певний строк дозволяється призначення цього покарання на строк, верхня межа якого складає максимально три чверті законодавчо визначеної верхньої його межі; цей же принцип діє і в разі грошового штрафу для визначення максимальної кількості грошових ставок;

3) підвищений мінімальний строк позбавлення волі знижується: за мінімального строку в десять або п'ять років – на два роки, за мінімального строку в три або два роки – на шість місяців, за мінімального строку в один рік – на три місяці, а в інших випадках – на визначений у законі мінімальний строк;

2 якщо суду відповідно до закону дозволено пом'якшувати покарання, то він може зменшити його до мінімального строку, законодавчо визначеного для певного виду покарання або замінити позбавлення волі грошовим штрафом.

Таким чином, зазначені положення є найбільш наближеними до методики викладення спеціальних засад за законодавством України, оскільки містять прямі правила, якими повинен додатково користуватися суд під час призначення покарання за певних умов.

5. Призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень і сукупності вироків. Подібні до передбачених у чинному КК України положень передбачені й законодавством Німеччини. Так, параграф 52 у ч. 1 регламентує, що «якщо порушено декілька кримінальних законів, то покарання визначається відповідно до того закону, що передбачає найбільш суворе покарання».

6. Призначення покарання неповнолітньому. Окремих засад в аналізованому нами нормативно-правовому акті не виявлено. Зазначеній категорії осіб призначення покарання регламентується окремим Законом «Про правосуддя для неповнолітніх». Відповідно до § 5 абзаців 1 та 2 цього Закону до неповнолітніх можуть застосовуватися такі санкції: виховні заходи, виправні заходи та заходи покарання для неповнолітніх. У судовій практиці Німеччини на відмінну від України у більшості випадків до неповнолітніх правопорушників застосовують саме виховні заходи, ніж покарання. Відповідно до § 5 абзацу 2 Закону «Про правосуддя для неповнолітніх» примусові заходи та покарання призначаються тільки як альтернатива виховним заходам, тобто коли вони є недостатні. Під час призначення виховних заходів критерієм є не тяжкість правопорушення (як це зазначено в КК України), а потреба у вихованні підлітка [5, с. 146]. Наявність окремого нормативно-правового акта, що регулює призначення покарання неповнолітнім, не дозволяє сприймати положення, які він містить, як спеціальну засаду призначення покарання, натомість дозволяє говорити про наявність окремої ланки ювенальної юстиції.

Отже, кримінальне законодавство Німеччини містить певні схожі з українським законодавством положення, які здебільшого стосуються пом'якшення покарання за наявності певних для цього підстав.

Але на відміну від законодавства України кримінальне законодавство Німеччини зазвичай не встановлює окремих правил або методик призначення покарання за наявності додаткових умов (окрім правил призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом). Мова йде здебільшого або про обов'язок суду пом'якшити покарання, або про таку можливість.

Окрім розглянутих нами випадків, кримінальний закон Німеччини передбачає й інші обставини, за наявності яких покарання може бути зменшено або в обов'язковому порядку, або факультативно (на розгляд суду).

Так, покарання обов'язково зменшуються за таких умов: у разі, якщо особа є пособником вчинення правопорушення – покарання призначається пособнику в межах покарання, передбаченого для виконавця. Але це покарання обов'язково повинно бути пом'якшено (ч. 2 §27); у разі відсутності у підбурювача або пособника особливих індивідуальних ознак, що обумовлюють індивідуальну відповідальність виконавця (ч. 1 §28); у разі схилення або підбурення іншої особи до вчинення правопорушення (ч.1 §30); якщо під час вчинення діяння виконавець помилково оцінює обставини як такі, що виключають його провину, тобто в разі дії в стані крайньої необхідності (ч. 2 §35).

Покарання можуть бути зменшеними за таких умов: у разі вчинення діяння через бездіяльність (§13); у разі помилки в забороні (§17) (в українському законодавстві аналог – помилка в оцінці протиправності діяння) – за умови, якщо виконавець мав змогу уникнути такої помилки; у разі компенсації виконавцем спричиненої потерпілому шкоди (§46 а); якщо особа добровільно брала участь у розслідуванні правопорушення або надала інформацію, що сприяла відверненню правопорушення, то суд може пом'якшити покарання, у цьому випадку замість виключно встановленого довічного позбавлення призначається покарання у виді позбавлення волі на строк, не менше 10 років. (ч. 2 §46 в); за наявності дійового каяття, тобто за наявності зради, направленої проти федеральної держави або зради, направленої проти федеральної землі, суд може на свій розсуд пом'якшити покарання (§83); у разі продовження діяльності партії, що визнана неконституційною, суд може зменшити покарання співучасникам, провина яких є незначною або їхня співучасть в діянні має лише другорядне значення тощо.

Висновки. Таким чином, законодавство Німеччини пішло абсолютно іншим шляхом, тобто основна його мета – це індивідуалізація покарання. В аналізованому законодавстві майже не існує окремих додаткових правил призначення покарання, які покликані забезпечити більш глибоке урахування особи винного чи обставин вчиненого правопорушення. Замість передбачення окремих додаткових методик, правил призначення покарання, як це зроблено в Україні, у Німеччині суду надається достатньо великий перелік повноважень щодо обов'язкового та факультативного пом'якшення покарання. Водночас законодавчо не визначено, в який спосіб покарання має бути пом'якшено – визначається тільки те, обов'язковим чи факультативним є таке пом'якшення. Відсутнє чітке унормування, як і в який спосіб повинні бути врегульовані певні ситуації, які визначають механізми індивідуалізації покарання.

Отже, відповідно до вищезазначеного можна дійти висновку про відсутність у законодавстві Німеччини субінституту спеціальних засад призначення покарання в нашому його розумінні. Чи є рекомендованим для України такий підхід? На нашу думку, ні. Український законодавець, створивши субінститут

спеціальних засад призначення покарання, намагається створити додаткові механізми в апараті індивідуалізації покарання, обмеживши в цьому випадку судовий нагляд. Як відомо, система правосуддя в Україні не є ідеальною і знаходиться на стадії свого стрімкого розвитку, тому обмеження суду у виборі міри покарання є вимушеною, але необхідною мірою. Вважаємо передчасним усунення із положень чинного законодавства вимог щодо встановлення пропорційної методики призначення покарання за наявності певних умов, що і становить спеціальні засади призначення покарання. В подальшому за належного розвитку системи кримінального правосуддя буде можливо на прикладі Німеччини створити факультативне та обов'язкове пом'якшення покарання в розмірі, який встановлюється оглядом суду.

Література

1. Ворона В.С. Спеціальні засади призначення покарання окремим категоріям осіб: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2018. 18 с.;
2. Головненков П. В. Уголовное уложение Федеративной Республики Германия. Strafgesetzbuch (StGB). Научно-практический комментарий и перевод текста // https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-hellmann/Forschungsstelle_Russisches_Recht/Neuaufgabe_der_kommentierten_StGB-%C3%9Cbersetzung_von_Pavel_Golovnenkov.pdf.;
3. Дудоров О. Спеціальні засади призначення покарання. *Слово Національної школи суддів України*. 2012. № 1. С. 121–135. С. 122;
4. Євдокімова О. В. Питання застосування спеціальних правил призначення покарання. *Проблеми законності*. 2013. № 123. С. 153–162;
5. Мирошниченко Н. М. Виховні заходи, що застосовуються до неповнолітніх за кримінальні правопорушення: зарубіжний досвід. *Вісник Чернівецького ф-ту Нац. ун-ту «Одеська юридична академія»*. 2015. Вип. № 3. С. 143–152;
6. Полтавець В. В. До питання про поняття та види спеціальних засад призначення покарання. Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 7–8 квітня 2006 р. Львів, 2006 р. Ч. 1. С. 243–245;
7. Полтавець В. В. Загальні засади призначення покарання та їхнє кримінально-правове значення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2005. 21 с.;
8. Попій А. С. Призначення покарання за сукупністю злочинів в кримінальному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020. 16 с.;
9. Попій Д. С. Призначення покарання за незакінчений злочин в кримінальному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. 17 с.;
10. Туляков В. О. Порівняльний метод у науці кримінального права. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014, № 1(2). С. 29;
11. Хамитов Р. Н. Специальные правила назначения наказания. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2001. 166 с.;
12. Ященко А. М. Застосування заходів кримінально-правового характеру: монографія. Харків: НікаНова, 2014. 388 с.