

УДК 343.3

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2024.21.306239>

Л. Ю. Тимофєєва,
канд. юрид. наук, доцент
кафедри кримінального права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ВРАХУВАННЯ ОБТЯЖУЮЧИХ ТА ПОМ'ЯКШУЮЧИХ ОБСТАВИН ПРИ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ

У статті досліджуються прикладні аспекти реалізації принципу пропорційності у кримінальному праві.

З'ясовано, що дотримання принципу пропорційності є однією з основних вимог справедливості та правосуддя, у тому числі визначення покарання та його розміру покарання. Цей принцип є логічною основою покарання і фактором його легітимності.

Встановлено необхідність вироблення критеріїв щодо застосування принципу пропорційності. Зокрема мають враховуватись як обставини, які обтяжують відповідальність особи, так і пом'якшують її. Несправедливим та непропорційним слід вважати не застосування пом'якшуючих обставин, коли це необхідно та безпосередньо стосується справи. Також несправедливим та непропорційним слід вважати застосування пом'якшуючих обставин, коли такі обставини не стосуються вчинення кримінального правопорушення. Також це стосується неможливості ставлення у вину обтяжуючих обставин, коли вони не охоплюються конкретною справою та умислом особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Аргументовано, що наявність алгоритмів під час кваліфікації та призначенні покарання (застосування засобів кримінально-правового впливу, іншої реакції на протиправне діяння) сприяють повній, точній та об'єктивній (виходячи із врахування обставин справи) кваліфікації вчиненого діяння. Така кваліфікація, в свою чергу, сприяє індивідуалізації, диференціації кримінальної відповідальності, призначенню справедливого та пропорційного покарання (іншої реакції на протиправне діяння), виходячи із обставин справи. Зокрема, при створенні таких алгоритмів необхідно враховувати конкретний вплив пом'якшуючих та обтяжуючих обставин на кваліфікацію та призначення покарання за кримінальне правопорушення.

На основі судової практики Верховного Суду встановлено, що кваліфікація крадіжок в умовах воєнного стану у будь-якому розмірі (зокрема у мінімальному) за ч. 4 ст. 185 КК України є не пропорційним засобом впливу.

Ключові слова: принцип пропорційності, принцип необхідності, практика ЄСПЛ, принципи кримінального права.

Постановка проблеми. 23 червня 2022 року Європейська Рада оприлюднила висновок щодо статусу кандидата України. Реалізація Угоди про асоціацію та можливість збереження статусу кандидата Європейського Союзу (далі – ЄС) вимагає змін в законодавстві України, в тому числі в кримінальному законодавстві. Можливість надання Україні статусу кандидата ЄС пов’язана з низкою вимог. Здебільшого, ці вимоги пов’язані із рівнем цінностей, зокрема реального забезпечення принципу верховенства права, складовою якого є принцип пропорційності.

Зокрема, низка випадків стосуються пропорційності врахування обтяжуючих та пом’якшуючих обставин при кваліфікації та призначенні покарання, які безпосередньо залежні та незалежні від умов воєнного стану.

Метою роботи є оптимізація кримінального законодавства, формування єдності підходів у практиці правозастосування в частині реалізації принципу пропорційності у кримінальному праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Низка вчених та науковців досліджували питання принципів кримінального права. Зокрема, В. О. Гацелюк здійснив комплексне дослідження реалізації принципу законності кримінального права України (м. Луганськ, 2006 р.), Н. А. Орловська у своїх дослідженнях розкрила проблематику принципів побудови кримінально-правових санкцій (м. Одеса, 2011), С. П. Погребняк розглянув питання змістовної характеристики основоположних принципів права (Харків, 2008). В. О. Туляков дослідив особливості принципу законності в практиці ЄСПЛ, М. І. Хавронюк досліджує принципи кримінального права в контексті його реформування, В. В. Шаблистий розглянув питання принципів кримінального права в контексті його безпекового виміру (м. Дніпропетровськ, 2015 р.). С. В. Шевченко дослідила

принцип пропорційності у криміналізації діянь (2024)¹. Бенедикт Дуглас у статті «Любов та права людини» дослідив питання принципу пропорційності щодо застосування ст. 8 Конвенції (2023)². Ребекка Вільямс дослідила питання принципу пропорційності з точки зору переосмислення адміністративного права для алгоритмічного прийняття рішень (2022)³. Маттіас Клатт дослідив питання балансу прав та інтересів з точки зору асиметрії принципу пропорційності (2021)⁴. Хаді Дачак дослідив пропорційність між злочином і покаранням (2021)⁵. Васіліки Коста, дослідив принцип пропорційності за законодавством ЄС (2019)⁶. Фіона де Лондрас і Фергал Ф. Девіс дослідила питання реалізації принципів необхідності та пропорційності в контексті ефективних механізмів контролю держави (2010)⁷. Разом з тим, питання реалізації принципів кримінального права набуває нового змісту у зв'язку із ситуацією в Україні. Враховуючи вже існуючі дослідження, планується дослідити прикладні питання реалізації принципу пропорційності у кримінальному праві в сучасних умовах. Зокрема у статті досліджується пропорційність врахування обтяжуючих та пом'якшуючих обставин при кваліфікації та призначенні покарання, враховуючи актуальну судову практику.

На думку Ю. А. Пономаренка застосування до особи кримінальної відповідальності повинно бути не лише *ultima ratio* в протидії вчиненому нею

¹ Шевченко С. В. Принцип пропорційності у криміналізації діянь : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2024. 320 с.

² Benedict Douglas. Love and Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2023, Vol. 43, No. 2 pp. 273–297. URL: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqac034>.

³ Rebecca Williams. Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making. *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 42, Issue 2, Summer 2022, pp. 468–494. URL: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab032>.

⁴ Matthias Klatt. Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 41, Issue 2, Summer 2021, Pages 321–347. URL: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa051>.

⁵ Hadi Dachak. The Principle of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents. *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*. Vol. 8. № 4. 2021. pp. 684–694. DOI: 10.18415/ijmmu.v8i4.2661. URL: <https://ijmmu.com/index.php/ijmmu/article/view/2661>.

⁶ Kosta, Vasiliki, The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy. Oxford University Press, 2019, pp. 1–21. URL: <https://ssrn.com/abstract=3368867>.

⁷ Fiona de Londras and Fergal F. Davis. Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspectives on Effective Oversight Mechanisms. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, Issue 1, Spring 2010, pp. 19–47, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp031>. URL: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/30/1/19/1529107?redirectedFrom=fulltext>.

кримінальному правопорушенню, а й індивідуалізованим відповідно до конкретних індивідуальних характеристик цієї особи та особливостей ступеня тяжкості вчиненого нею кримінального правопорушення і при цьому мінімально необхідним для досягнення тієї мети, яка стоїть перед кримінальною відповідальністю⁸. Проаналізувавши санкції чинного КК, Ю. А. Пономаренко виявив наявність у ньому близько 500 різних варіантів санкцій, що явно не забезпечує пропорційності, справедливості, рівності тощо як складових принципу верховенства права⁹. Отже, КК України не містить уніфікованого підходу щодо формулювання санкцій, а також призначення покарань. Це може бути перешкодою до справедливого реагування на кримінальне правопорушення, та може бути причиною несприйняття відповідальності, а отже повторного вчинення правопорушення.

С. В. Шевченко досліджуючи принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права (2019)¹⁰, зазначає, що принцип пропорційності є універсальним принципом права, який реалізується в різних галузях права як принцип балансування (дотримання балансу між приватними та публічними інтересами), так і як принцип правообмеження (розумне співвідношення між легітимним обмеженням прав людини та метою, яку необхідно досягти, застосовуючи таке обмеження)¹¹. Разом з тим, принцип пропорційності у кримінальному праві має певні особливості, пов'язані з предметом кримінального права, а саме кримінальним правопорушенням та кримінальною відповідальністю. Отже, необхідним є визначення критеріїв пропорційності при притягненні особи до кримінальної відповідальності.

На думку Ю. О. Євтошук, яка на дисертаційному рівні дослідила принцип пропорційності як необхідну складову верховенства права (2015),

⁸ Пономаренко Ю.А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень : монографія. Харків : Право, 2020. С. 143–144.

⁹ Там само. С. 9.

¹⁰ Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. *Вчені записки ТНУ ім. В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2019. Том 30 (69). № 1. С. 103–110.

¹¹ Там само. С. 107.

принцип пропорційності має подвійне правове призначення: з одного боку, він гарантує захист обсягу та змісту фундаментальних прав і свобод особи від надмірного впливу публічної влади (у тому числі від впливу дискримінаційного характеру) та від неналежного забезпечення нею цих прав і свобод, а з іншого – сприяє досягненню публічно значущої мети, заради якої такий вплив може здійснюватися, що має сприяти балансуванню та гармонізації приватних і публічних інтересів у суспільстві¹².

І. В. Міщук також погоджується щодо двоскладової структури принципу пропорційності та вважає, що така структура проявляється у встановленні адміністративної відповідальності за порушення правил карантину. Адже саме тут необхідно досягти балансу між запобіганням поширенню пандемії та захистом здоров'я населення (як публічним інтересом) та приватними інтересами особи, адекватним реагуванням держави на неправомірні дії аби запобігти наступній неправомірній поведінці¹³. Васіліки Коста розглядає пропорційність ширше. На думку вченого, «пропорційність стосується збалансування двох конфліктуючих інтересів – законної мети, яку переслідує дія, та деяких інших інтересів, які заслуговують на правовий захист згідно з законодавством ЄС»¹⁴.

О. В. Капліна, І. О. Крицька, А. Р. Туманянц розглядають легітимність та пропорційність застосування запобіжного заходу в кримінальних провадженнях. Як зазначають вчені, дискреційне право слідчого судді, суду не визначити розмір застави у кримінальному провадженні щодо окремих категорій злочинів (статті 109, 114-2, 258–258-6, 260, 261, 437–442 КК України), враховуючи підстави та обставини, передбачені статтями 177, 178

¹² Євтошук Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук; наук. кер. Козюбра Микола Іванович ; М-во освіти і науки України, Ун-т економіки та права «КРОК». Київ : [б. в.], 2015. С. 8–9.

¹³ Міщук І. В. Принципи пропорційності та невідворотності адміністративної відповідальності за порушення правил карантину. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право Том 2 № 73 (2022). С. 70.

¹⁴ Kosta, Vasiliki, *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy*. Oxford University Press, 2019, p. 21. URL: <https://ssrn.com/abstract=3368867>.

КПК), дозволяє дійти висновку про те, що передбачене КПК України обмеження права на свободу та особисту недоторканність лише застосуванням тримання під вартою переслідує легітимну мету, що полягає у перешкоджанні особам, які обґрунтовано підозрюються у вчиненні злочинів вищевказаної категорії, переховуватися від слідства та суду, а також вчиняти будь-які дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, що з урахуванням воєнної обстановки в державі, викликаного повномасштабним вторгненням РФ на територію України, на нашу думку, можна вважати цілком виправданим»¹⁵. Тобто легітимність застосування того чи іншого заходу залежить від конкретної обстановки його застосування.

Аналізуючи вплив обставин, які обтяжують та пом'якшують покарання Т. І. Іванюк пропонує систему балів щодо кожної пом'якшуючої обставини при призначенні покарання¹⁶. Така пропозиція видається доцільною, адже сприяє визначеності кримінальної відповідальності. Особа, яка вчинила кримінальне правопорушення може зрозуміти чому саме їй призначено той чи інший вид покарання та відповідний розмір такого покарання.

Виклад основного матеріалу. Дотримання принципу пропорційності є однією з основних вимог справедливості та правосуддя в усіх питаннях, у тому числі визначення покарання та його мета полягає у відповідності розміру покарання із зазначенням розміру вини винного. Цей принцип є логічною основою покарання і фактором його легітимності. На думку Фіона де Лондрас і Фергал Ф. Девіс ефективний контроль за діями держави, орієнтованими на безпеку, слід оцінювати за ступенем, до якого він

¹⁵ Капліна О. В., Крицька І. О., Туманянц А. Р. Право на свободу та особисту недоторканність: проблеми співмірності правообмежень в умовах екзистенційних загроз. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2024. Т. 31. № 1. С. 298.

¹⁶ Іванюк Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2006. 203 с.

складається лише з дій, які є необхідними та пропорційними, і, таким чином, досягає відповідного балансу між потребами безпеки та правами особи¹⁷.

Слід зазначити, що співрозмірність злочинності і покарання є відносною матерією, регулювання якої згідно з принципами кримінального права є функцією ідеології та цінностей, які керують суспільствами. Згідно принципу пропорційності, справедливість і чесність вимагають, щоб правопорушник мав право лише на покарання після вчиненого злочину в основі якого лежить ступінь тяжкості злочину та становище потерпілого, характеристики особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, обставини кримінального правопорушення тощо. Іншими словами, має бути баланс між кримінальним правопорушенням і покаранням, щоб забезпечити справедливість. Співвідношення між кримінальним правопорушенням і покаранням не означає точну математичну пропорцію, але може бути встановлено правильне співвідношення між кримінальним правопорушенням і покаранням, хоча це не призводить до повної рівності¹⁸.

На думку Васіліки Коста, «існують три основні форми пропорційності, застосовні до будь-якого типу дій Союзу: пропорційність прав, пропорційність субсидіарності та пропорційність тягарів. Однак будь-яка з цих форм пропорційності може бути використана у формі самостійної пропорційності, при цьому не завжди очевидно, яка з трьох суттєвих категорій є предметом судового обґрунтування або на яку посилаються сторони»¹⁹. Отже, невизначеність щодо пропорційності щодо захищеного інтересу залишає місце для неправильної реалізації цього принципу. Таке неправильне застосування може бути як умисним, так і необережним.

¹⁷ Fiona de Londras and Fergal F. Davis. Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspectives on Effective Oversight Mechanisms. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, Issue 1, Spring 2010, p. 20, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp031>. URL: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/30/1/19/1529107?redirectedFrom=fulltext>.

¹⁸ Hadi Dachak. The Principle of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents. *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*. Vol. 8. № 4. 2021. p. 684. DOI: 10.18415/ijmmu.v8i4.2661. URL: <https://ijmmu.com/index.php/ijmmu/article/view/2661>.

¹⁹ Kosta, Vasiliki, The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy. *Oxford University Press*, 2019, p. 21. URL: <https://ssrn.com/abstract=3368867>.

На думку М. М. Лученко «доступ до правосуддя є тим елементом верховенства права, який забезпечує принцип пропорційності в дії. Дотримання прав людини та недискримінація є тими аспектами верховенства права, які створюють «межі» для аналізу пропорційності на етапі, коли суддя має оцінити пропорційність у вузькому сенсі, тобто з огляду на збалансованість приватних і публічних інтересів, обґрунтованість та інтенсивність, фактичну рівність приватних осіб у разі державного втручання в їхню автономію»²⁰.

У деяких зарубіжних країнах принцип пропорційності відображається у галузевих законах. Згідно ст. 12 закону Грузії «Про поліцію» принцип пропорційності є поліцейським заходом, який повинен слугувати досягненню легітимної мети. Обраний поліцейський захід повинен бути найбільш (максимально) відповідним, необхідним і пропорційним. Обраний поліцейський захід є найбільш відповідним, якщо його застосування дозволяє досягти легітимної мети. Такий захід є необхідним, якщо неможливо використати інший засіб, який при досягненні легітимної мети спричинив би найменшу шкоду як адресату заходу так і іншій особі. Необхідний поліцейський захід є пропорційним, якщо шкода, заподіяна правовому благу, що охороняється законом, не перевищує благо, для захисту якого він був застосований. Правові дії поліції припиняються, якщо мета цих дій досягнута або очевидна неможливість досягнення мети. Видається доцільним відображення в законі послідовних критеріїв принципу пропорційності.

Порушення принципу пропорційності у судовій практиці. Як зазначає П. Робінсон, має забезпечуватись зниження оцінки правопорушення для пом'якшення так само, як передбачається підвищення оцінки злочину

²⁰Лученко М. М. Принцип пропорційності в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2019. С. 7.

для обтяжень²¹. Існує велика різноманітність випадків, коли норми кримінального права про відповідальність і покарання призводять до результатів, які суперечать заслуженому пом'якшенню. Конфлікти відбуваються в обох напрямках: закон часто не забезпечує пом'якшення, яке є заслуженим, а іноді передбачає пом'якшення, яке не є заслуженим²².

В. О. Туляков обґрунтовує необхідність балансу кримінально-правового реагування та розуміє під таким балансом відповідність засобів кримінально-правового впливу консолідованому визначенню рівня злочинності та рівня віктимності у державі з урахуванням положень міжнародного права (міжнародного кримінального та міжнародного гуманітарного, права прав людини, та супранаціонального права ЄС)²³.

Згідно до п. 2 ППВСУ «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 07.02.2003 р. № 2 «При призначенні покарання відповідно до статей 65-69 КК суди мають ураховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, сукупність усіх обставин, що його характеризують (форма вини, мотив, спосіб, характер вчиненого діяння, ступінь здійснення злочинного наміру, тяжкість наслідків тощо), особу винного й обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання».

Сучасна судова практика підтверджує широке *не застосування заслуженого пом'якшення*. Зокрема, є практика кваліфікації дій, в яких є ознаки необхідної оборони як умисного вбивства.

Згідно Постанови Верховного Суду колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 19 вересня 2023 року, справа № 204/647/20, провадження № 51-3037км22²⁴, вирок Красногвардійського

²¹ Robinson P. H. Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle. *Penn Law Legal Scholarship Repository*. 2020. P. 223. URL: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3056&context=faculty_scholarship.

²² Там само. P. 225, 226.

²³ Туляков В. О. Апроксимація кримінального законодавства України до права ЄС (методологія питання). *Право України*. 2023. С. 103.

²⁴ Постанова Верховного Суду колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 19 вересня 2023 року, справа № 204/647/20, провадження № 51-3037км22. URL:

районного суду міста Дніпропетровська від 12 серпня 2021 року та ухвалу Дніпровського апеляційного суду від 27 червня 2022 року щодо ОСОБА_5 змінено та перекваліфіковано її дії з ч. 1 ст. 115 КК на ст. 118 КК і призначено їй покарання у виді позбавлення волі на строк 2 роки. ОСОБА_5 було засуджено за ч. 1 ст. 115 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 9 років. З неї стягнуто на користь потерпілого ОСОБА_8 на відшкодування моральної шкоди 500 000 грн. Перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, в ході конфлікту вона умисно двічі вдарила ножом у живіт ОСОБА_9, заподіявши тому смертельних тілесних ушкоджень. Засуджена просила кваліфікувати її дії за статтею 118 КК, за якою призначити покарання, і зменшити розмір присудженого відшкодування. На її погляд, суди не застосували положень статті 36 КК, хоча вона діяла у стані оборони від посягання з боку потерпілого. З урахування обставин справи призначене покарання є несправедливо суворим, а розмір відшкодування потерпілому моральної шкоди – завищеним.

Тобто, в цій справі судом було порушено принцип точності та повноти кваліфікації, не було враховано важливі обставини, зокрема, в рамках суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, внаслідок чого було призначено непропорційно суворе покарання.

Як зазначає Ю. В. Баулін у Великій українській юридичній енциклопедії, «право на необхідну оборону є природним і невідчужуваним. Воно визнається самостійним, а не додатковим (субсидіарним) до діяльності спеціальних уповноважених органів держави та посадових осіб з підтримання правопорядку. Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади (ч. 2 ст. 36 КК). Відмова особи від використання свого права на необхідну оборону є

правомірною поведінкою. Громадянин не зобов'язаний також сповіщати державу чи будь-які інші органи про здійснений акт необхідної оборони, але він може це зробити задля своєчасного, швидкого та об'єктивного встановлення істини у справі²⁵. При оцінці співвідношення сил захисту і посягання враховуються конкретні обставини справи, зокрема, місце і час, раптовість нападу, неготовність до його відбиття, кількість нападаючих і тих, хто захищався, їх фізичні дані (вік, стать, інвалідність, стан здоров'я) тощо. Враховуються не тільки об'єктивні чинники, а й суб'єктивний стан того, хто захищався.

Згідно постанови Верховного Суду від 16.03.2021 у справі № 627/1021/17 (провадження № 51-2602км20)²⁶ було встановлено наявність в діях ОСОБА_7 необхідної оборони згідно до ч. 5 ст. 36 КК та ухвалено звільнити його з-під варті. Вирок Жовтневого районного суду м. Харкова від 10 грудня 2018 року та ухвалу Харківського апеляційного суду від 27 лютого 2020 року щодо засудження ОСОБА_7 за ч. 1 ст. 115 КК та призначення йому покарання у виді позбавлення волі на строк 9 років було скасовано та закрито кримінальне провадження.

Обставини справи полягали в тому, що між ОСОБА_7 та сином його співмешканки ОСОБА_9 виникла сварка, яка надалі переросла у бійку. Після закінчення бійки ОСОБА_7 направився за місцем свого проживання. Він усвідомлював, що ОСОБА_9 прийде до нього з метою помсти на ґрунті попереднього конфлікту, внаслідок чого виник злочинний умисел, спрямований на протиправне заподіяння смерті іншій людині з метою недопущення повторного насильства стосовно себе зі сторони. ОСОБА_7 взяв із сейфа свою мисливську рушницю ІЖ-12, зареєстровану у встановленому законом порядку, зарядив двома набоями 12 калібру та,

²⁵ Баулін Ю. В. Необхідна оборона. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 17: Кримінальне право. Харків, 2017. С. 607. https://dspace.nlu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/13545/1/Baulin_607-609.pdf.

²⁶ Постанова Верховного Суду від 16.03.2021 у справі № 627/1021/17 (провадження № 51-2602км20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006337>.

вийшовши з будинку, сів на подвір'ї поруч із гаражем і став чекати ОСОБА_9. Через деякий час на територію домоволодіння зайшов ОСОБА_9 і, тримаючи в правій руці сокиру, став ходити по подвір'ю. ОСОБА_7 окликнув його, а потерпілий, утримуючи в правій руці сокиру, почав йти в його бік. ОСОБА_7 підняв рушницю та зробив влучний постріл у грудну клітку останнього, що спричинило смерть.

Згідно ч. 1 ст. 36 КК необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Згідно ч. 5 ст. 36 КК передбачені деякі виключення із загального правила. Незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає, не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення.

Разом з тим, особа, яка захищається, повинна додержуватися визначеної межі, завдаючи шкоду посягаючому. Але не можна погодитись із висновком суду, що «У таких випадках шкода, заподіяна особі, яка посягає, не обмежена ніякими межами, аж до позбавлення посягаючого життя»²⁷. У будь-якому разі необхідно співставляти шкоду, яка заподіяна та загрозі, яка існує. В ситуації, яка склалась Особа 7 був впевнений, що нападник Особа 9 повернеться та чекав його з рушницею на подвір'ї. За цей час він мав

²⁷ Постанова Верховного Суду від 16.03.2021 у справі № 627/1021/17 (провадження № 51-2602км20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006337>.

можливість звернутись до правоохоронних органів. Перечекати цей час у сусідів, родичів тощо. Це не є обов'язком особи. Але обставини справи демонструють готування до спричинення смерті іншій людині. Необхідна оборона має реалізовуватись безпосередньо в момент посягання. В даній ситуації у Особи 7 була можливість підготуватись. Тому застосовувати положення ч. 5 ст. 36 КК було непропорційно по відношенню до потерпілої особи, якій було спричинено смерть. Кваліфікувати дії Особи за ч. 1 ст. 115 КК, без врахування наявності необхідної оборони та призначати майже максимальний розмір покарання у вигляді 9 років позбавлення волі також є непропорційним.

Видається, необхідно було кваліфікувати дії Особа 7 як перевищення меж необхідної оборони згідно до ст. 118 КК, адже наявність виключень, передбачених у ч. 5 ст. 36 КК (напад у житлі особи, із застосуванням зброї або групою осіб) не можна застосовувати формально. Треба аналізувати також інші обставини справи.

Зокрема такі висновки викладені у Постанові Верховного Суду від 03 лютого 2022 року (справа 308/2231/18). ВС зазначає: «Таким чином, для вирішення питання про кваліфікацію складу злочину, пов'язаного з настанням смерті особи, зокрема щодо відсутності чи наявності стану необхідної оборони, перевищення її меж, суд у кожному конкретному випадку, враховуючи конкретні обставини справи, повинен здійснити порівняльний аналіз та оцінити наявність чи відсутність акту суспільно небезпечного посягання й акту захисту, встановити їх співвідношення, відповідність чи невідповідність захисту небезпечності посягання». І далі: «У разі, коли визначальним у поведінці особи було не відвернення нападу та захист, а бажання спричинити шкоду потерпілому (розправитися), такі дії за своїми ознаками не становлять необхідної оборони, вони набувають протиправного характеру і мають розцінюватись на загальних підставах».

Тобто, для того, щоб ставити у вину необхідну оборону, обов'язково має бути напад та бажання особи відвернути напад, а не бажання спричинити шкоду. Таких дій має бути достатньо саме для відвернення нападу.

Пропорційність кримінальної відповідальності за викрадення майна в умовах воєнного стану. Також в законодавстві та практиці правозастосування існує низка випадків непропорційного врахування обтяжуючих обставин. Згідно із Законом «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» № 2117-IX від 03.03.2022 р. до деяких статей КК внесено кваліфікуючі ознаки «в умовах воєнного або надзвичайного стану». Це, зокрема, стосується вчинення крадіжок (ч. 4 ст. 185 КК), грабежів (ч. 4 ст. 186 КК), вчинення розбою (ч. 4 ст. 187 КК), вимагання (ч. 4 ст. 189 КК), вчинення привласнення, розтрати майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ч. 4 ст. 191 КК) та ін.

Це суперечить назві закону «щодо посилення відповідальності за мародерство». Адже в ньому йдеться не тільки про мародерство, а також про загально кримінальні правопорушення проти власності, але «в умовах воєнного або надзвичайного стану». Крім того, виглядає непропорційним кваліфікувати будь-яку крадіжку яка спричинила шкоду у мінімальних розмірах (більше 0,2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян (мінімальна соціальна пільга для кваліфікації), тобто 302,8 грн у 2024 р.) за особливо кваліфікованим складом відповідною санкцією. Така неоднозначність закону спричинила проблеми у практиці його застосування.

Згідно п. 32 Ухвали Верховного Суду від 28 березня 2023 р., справа № 722/ 594/22, провадження № 51-3186км22, колегія суддів ВС вважає, що «ясно висловлений намір законодавця не дає підстав вважати, що метою цього закону було виключити можливість застосування частин 1–3 статей 185–187, 189, 191 в обставинах, які не мають нічого спільного з використанням беспорядного стану мешканців або інших умов, створених

воєнними діями, що полегшують вчинення злочинів в ступені, що значно відрізняється від обставин звичайного життя»²⁸. Колегія суддів ВС (пп. 27-32) посилається на Пояснювальну записку до законопроекту, у якій зазначено, що такі зміни вносяться в контексті ситуації, що передбачена ст. 33 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни. Також у висновку відображений намір членів Комітету за допомогою цих змін «встановити справедливе покарання для осіб, які використовують беспорядний стан мешканців певних територій під час бойових дій для грабежу та розбою, а також привласнюють чуже майно на полі бою, застосовуючи трагічні обставини для власної наживи»²⁹.

Тлумачення кваліфікуючої ознаки «в умовах воєнного стану» без врахування того, чи були використані такі умови для вчинення злочину, порушує принцип індивідуалізації покарання, визначений ч. 2 ст. 61 Конституції України. Цей принцип вимагає не ставити осіб, які вчинили злочини різної тяжкості, в однакове становище. Особи, які використали фактичні обставини воєнного стану, і особи, які вчинили злочини за звичайних обставин, знаходяться у суттєво різному становищі.

Велика Палата Верховного Суду ухвалою від 25 травня 2023 року у кримінальній справі №722/594/22 (провадження № 13-27кс23) відмовилася розглядати питання, яке поставив перед нею Касаційний кримінальний суд ВС стосовно тлумачення та застосування ч. 4 ст. 185 КК з процедурних підстав.

Видається непропорційним кваліфікувати будь-яку крадіжку, зокрема, яка спричинила шкоду у мінімальних розмірах (302,8 грн у 2024 р.) за особливо кваліфікованим складом відповідною санкцією у ч. 4 ст. 185 КК. Умови воєнного стану існують по всій території України до закінчення війни.

²⁸ Ухвала Верховного Суду від 28 березня 2023 року, справа № 722/594/22, провадження № 51-3186км22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110395917?fbclid=IwAR0m4oKvWg7juxX13CSqYRN8JhRSLZ6TGkIZDJAexTkAFOq6LycCJgL_c-Q.

²⁹ Там само.

Але це не означає нівелювання основного складу та інших кваліфікуючих ознак. Слід уточнити редакцію статті, зокрема, з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, з використанням безпорадного стану мешканців або інших умов, створених воєнними діями, що полегшують вчинення злочинів в ступені, що значно відрізняється від обставин звичайного життя³⁰.

Алгоритми. Уявлення людей про справедливість не завжди співвідноситься з уявленням про справедливість держави. Тому цілком виправданим є використання алгоритмів врахування пом'якшуючих та обтяжуючих обставин при призначенні покарання. Такі алгоритми зокрема пропонуються розробниками нового КК України.

У попередніх редакціях проекту КК (зокрема, станом на 29.03.2021 р.) було передбачено алгоритм визначення ступеня тяжкості злочинів в Загальній частині КК (зокрема, у ст. 2.1.12), а також деякі в Особливій частині. За редакцією станом на 25.02.2024 р. такі ознаки, які впливають на зниження чи підвищення ступеня кримінального правопорушення передбачені в конкретних розділах Особливої частини³¹.

Зокрема, у розділі 4.1 «Злочини проти життя людини», у ст. 4.1.1 передбачено ознаки, що знижують тяжкість злочину на три ступеня. Ознаками, що знижують на три ступеня тяжкість злочинів, передбачених цим Розділом, є вчинення злочину: 1) передбаченого статтею 4.1.5, з перевищенням меж правомірного захисту, меж використання захисного засобу, що вражає автономно, меж спричинення шкоди особі, яка вчинила протиправне посягання, при її затриманні, або меж крайньої необхідності;

³⁰ Тимофєєва Л. Ю. Особливості ставлення у вину обтяжуючої обставини «з використанням умов воєнного стану». *Кримінальне законодавство воєнного часу: правотворчі та правозастосовні проблеми*. Матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф. 26 травня 2023 р. Вінниця : ДонНУ імені Василя Стуса, 2023. 173 с. Р. О. Мовчан (голова і відп. редактор). С. 147-153.

³¹ Проект нового Кримінального кодексу України станом на 25.02.2024 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2024/02/26/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-25-02-2024.pdf>.

2) передбаченого статтею 4.1.5, під впливом особливого психічного стану (стаття 2.3.5 Кодексу) та ін.

Згідно ст. 4.1.3. ознаками, що підвищують на два ступеня тяжкість злочинів, передбачених цим розділом, є вчинення умисного злочину: 1) передбаченого статтями 4.1.5, 4.1.7, 4.1.9, 4.1.11–4.1.13, щодо особливо уразливої людини; 2) що спричинив смерть двох чи більше людей та ін.

У чинному КК також передбачені пом'якшувальні та кваліфіковані склади зі схожими ознаками (ст. 116, 117, 118, ч. 2 ст. 115 КК та ін.). Разом з тим, видається, що формулювання узагальненого правила щодо всіх статей розділу сприяє уніфікації, чіткості, визначеності критеріїв за якими підвищується чи знижується ступінь кримінального правопорушення, а відповідно і подальшій пропорційності реагування та таке правопорушення, передбачуваності такого реагування для особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, потерпілого, будь якого члена суспільства, можливості прорахувати призначене покарання, та зрозуміти алгоритм такого розрахунку. Звичайно, багато моментів залишиться в рамках судового розсуду. Але не так багато як зараз.

Алгоритм передбачає визначення ступеня тяжкості злочину вчиненого за відсутності та за наявності ознаки складу злочину, яка змінює ступінь його тяжкості, порівняно з базовим. Зокрема, в проєкті нового КК передбачені ознаки, які можуть підвищити або знизити тяжкість злочину на 1–4 ступеня. Алгоритм видається ефективним інструментом забезпечення повноти кваліфікації.

Висновки.

Дотримання принципу пропорційності є однією з основних вимог справедливості та правосуддя, у тому числі визначення покарання та його розміру.

Необхідно виробити критерії щодо застосування принципу пропорційності. Зокрема, мають враховуватись як обставини, які обтяжують

відповідальність особи, так і пом'якшують її. Несправедливим та непропорційним слід вважати не застосування пом'якшуючих обставин, коли це необхідно та безпосередньо стосується справи. Також несправедливим та непропорційним слід вважати застосування пом'якшуючих обставин, коли такі обставини не стосуються вчинення кримінального правопорушення. Також це стосується неможливості ставлення у вину обтяжуючих обставин, коли вони не охоплюються конкретною справою та умислом особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Наявність алгоритмів під час кваліфікації та призначенні покарання (застосування засобів кримінально-правового впливу, іншої реакції на протиправне діяння) сприяють повній, точній та об'єктивній (виходячи із врахування обставин справи) кваліфікації вчиненого діяння. Така кваліфікація, в свою чергу, сприяє індивідуалізації, диференціації кримінальної відповідальності, призначенню справедливого та пропорційного покарання (іншої реакції на протиправне діяння), виходячи із обставин справи. Зокрема, при створенні таких алгоритмів необхідно враховувати конкретний вплив пом'якшуючих та обтяжуючих обставин на кваліфікацію та призначення покарання за кримінальне правопорушення.

Протидія будь якому злочину не зможе мати успіх, якщо задля такої протидії законодавець та/або правозастосувач буде постійно відступати від загальноприйнятих принципів права та принципів кримінального права, зокрема, законності, пропорційності, презумпції невинуватості ставлячи доцільність на перше місце.

З урахуванням аналізу тексту закону про внесення відповідних змін, пояснювальної записки до відповідного законопроекту та практики ВС видається, що обтяжуюча обставина «з використанням умов воєнного або надзвичайного стану» за п. 11 ч. 1 ст. 67 КК та кваліфікуюча обставина «в умовах воєнного або надзвичайного стану» санкцією у ч. 4 ст. 185, ч. 4

ст. 186, ч. 4 ст. 187 ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 191 КК мають однакову правову природу.

Видається непропорційним кваліфікувати будь яку крадіжку, зокрема, яка спричинила шкоду у мінімальних розмірах (302,8 грн у 2024 р.) за особливо кваліфікованим складом відповідною санкцією у ч. 4 ст. 185 КК. Умови воєнного стану існують по всій території України до закінчення війни. Але це не означає нівелювання основного складу та інших кваліфікуючих ознак. Слід уточнити редакцію статті, зокрема з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, з використанням безпорадного стану мешканців або інших умов, створених воєнними діями, що полегшують вчинення злочинів в ступені, що значно відрізняється від обставин звичайного життя.

Не будь-яке вчинення кримінального правопорушення в період дії воєнного стану в Україні буде утворювати кваліфікуючу ознаку конкретного злочину чи обтяжуючу обставину передбачену п. 11 ч. 1 ст. 67 КК України. Застосування п. 11 ч. 1 ст. 67 КК України буде залежати від конкретних обставин конкретної справи. Така обставина підлягає застосуванню у разі, коли конкретні кримінальні правопорушення були вчинені саме «з використанням умов воєнного стану або надзвичайного стану» та наслідки, які настали перебувають у причинно-наслідковому зв'язку з використанням відповідної обставини. Така обставина не може бути врахована та ставитися у вину автоматично тільки тому, що воєнний стан оголошено на всій території України.

Список використаних джерел

1. Євтошук Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : дис. ... канд. юрид наук. Київ, 2015. 214 с.
2. Баулін Ю. В. Необхідна оборона. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 17: Кримінальне право. Харків, 2017. С. 607–609.

3. Іванюк Т. І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2006. 203 с.

4. Капліна О. В., Крицька І. О., Туманянц А. Р. Право на свободу та особисту недоторканість: проблеми співмірності правообмежень в умовах екзистенційних загроз. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2024. Т. 31. № 1. С. 284–302.

5. Лученко М. М. Принцип пропорційності в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2019. 22 с.

6. Міщук І. В. Принципи пропорційності та невідворотності адміністративної відповідальності за порушення правил карантину. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право Том 2 № 73 (2022). С. 69–73.

7. Пономаренко Ю. А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень : монографія. Харків : Право, 2020. 720 с.

8. Постанова Верховного Суду колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 19 вересня 2023 року, справа № 204/647/20, провадження № 51-3037км22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113722437?fbclid=IwAR1MieLj0ijkFodUk9drCQeLRvAXNbilmTkT0nQdnMyX4w2slMDCWVrustc>.

9. Постанова Верховного Суду від 16.03.2021 у справі № 627/1021/17 (провадження № 51-2602км20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006337>

10. Проект нового Кримінального кодексу України станом на 25.02.2024 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2024/02/26/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-25-02-2024.pdf>.

11. Тимофєєва Л. Ю. Особливості ставлення у вину обтяжуючої обставини «з використанням умов воєнного стану». *Кримінальне законодавство воєнного часу: правотворчі та правозастосовні проблеми*. Матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф. 26 травня 2023 р., Вінниця: ДонНУ імені Василя Стуса, 2023. 173 с. Р. О. Мовчан (голова і відп. редактор). С. 147–153.

12. Туляков В. О. Апроксимація кримінального законодавства України до права ЄС (методологія питання). *Право України*. 2023. С. 101–114.

13. Ухвала Верховного Суду від 28 березня 2023 року, справа № 722/594/22, провадження № 51-3186км22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110395917?fbclid=IwAR0m4oKvWg7juxX13CSqYRN8JhRSLZ6TGkIZDJAexTkAFOq6LycCJgL_c-Q.

14. Шевченко С. В. Принцип пропорційності у криміналізації діянь : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2024. 320 с.

15. Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. *Вчені записки ТНУ ім. В. І. Вернадського*. 2019. Серія: юридичні науки. Том 30 (69). № 1. С. 103–110.
16. Benedict Douglas. Love and Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2023, Vol. 43, No. 2 pp. 273–297. URL: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqac034>.
17. Rebecca Williams. Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making. *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 42, Issue 2, Summer 2022, pp. 468–494. URL: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab032>.
18. Robinson P. H. Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle. Penn Law Legal Scholarship Repository. 2020. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3056&context=faculty_scholarship.
19. Matthias Klatt. Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 41, Issue 2, Summer 2021, Pages 321–347. URL: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa051>.
20. Hadi Dachak. The Principle of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents. *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*. Vol. 8. № 4. 2021. pp. 684-694. DOI: 10.18415/ijmmu.v8i4.2661. URL: <https://ijmmu.com/index.php/ijmmu/article/view/2661>.
21. Kosta, Vasiliki, The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy. *Oxford University Press*, 2019, pp. 1–21. URL: <https://ssrn.com/abstract=3368867>.
22. Fiona de Londras and Fergal F. Davis. Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspectives on Effective Oversight Mechanisms. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, Issue 1, Spring 2010, pp. 19–47. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp031>. URL: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/30/1/19/1529107?redirectedFrom=fulltext>.

REFERENCES

1. Yevtoshuk, Yu.O. (2015). Pryntsyp proportsiynosti yak neobkhidna skladova verkhovenstva prava. *PhD Thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
2. Baulin, Yu.V. (2017). Neobkhidna oborona. Velyka ukrayins'ka yurydychna entsyklopediya. (Vol. 1–20). Vol. 17: Kryminal'ne pravo. Kharkiv, 607–609. https://dspace.nlu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/13545/1/Baulin_607-609.pdf [in Ukrainian].
3. Ivanyuk, T.I. (2006). Obstavyyny, yaki pom'yakshuyut' pokarannya, za kryminal'nym pravom Ukrayiny. *PhD Thesis*. Lviv [in Ukrainian].
4. Kaplina, O.V., Kryts'ka, I.O., Tumanyants, A.R. (2024). Pravo na svobodu ta osobystu nedotorkanist': problemy spivmirnosti pravoobmezhen' v

umovakh ekzystentsiynykh zahroz. *Visnyk Natsional'noyi akademiyi pravovykh nauk Ukrayiny*, vol. 31, 1, 284–302 [in Ukrainian].

5. Luchenko, M.M. (2019). Pryntsyp proporsiynosti v administratyvnomu sudochynstvi. *Avtoref. Candidate thesis. Zaporizhzhya* [in Ukrainian].

6. Mishchuk, I.V. (2022). Pryntsypy proporsiynosti ta nevidvorotnosti administratyvnoyi vidpovidal'nosti za porushennya pravyl karantynu. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu. Seriya: Pravo Tom 2 № 73. S. 69–73.* [in Ukrainian].

7. Ponomarenko, Yu.A. (2020). *Zahal'na teoriya vyznachennya karanosti kryminal'nykh pravoporushen. Kharkiv: Pravo* [in Ukrainian].

8. Postanova Verkhovnoho Sudu kolehiyi suddiv Pershoi sudovoyi palaty Kasatsiynoho kryminal'noho sudu vid 19 veresnya 2023 roku, sprava № 204/647/20, provadzhennya № 51-3037km22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113722437?fbclid=IwAR1MieLj0ijkFodUk9drCQeLRvAXNbilmTkT0nQdnMyX4w2slMDCWVrustc> [in Ukrainian].

9. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 16.03.2021 u spravi № 627/1021/17 (provadzhennya № 51-2602km20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006337> Projekt novoho Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny stanom na 25.02.2024 r. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2024/02/26/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-25-02-2024.pdf> [in Ukrainian].

10. Ukhvala Verkhovnoho Sudu [Decision of the Supreme Court] vid 28 bereznya 2023 roku, sprava № 722/594/22, provadzhennya № 51-3186km22. Retrieved from https://reyestr.court.gov.ua/Review/110395917?fbclid=IwAR0m4oKvWg7juxX13CSqYRN8JhRSLZ6TGkIZDJAexTkAFOq6LycCJgL_c-Q [in Ukrainian].

11. Timofyeyeva, L.Yu. (2023). Osoblyvosti stavlennya u vynu obtyazhuyuchoyi obstavyny «z vykorystannyam umov voyennoho stanu». [Peculiarities of the aggravating circumstance «using the conditions of martial law»] *Kryminal'ne zakonodavstvo voyennoho chasu: pravotvorchi ta pravozastosovni problemy. Materialy Vseukrayins'koyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi. 26 travnya 2023 r., Vinnytsya: DonNU imeni Vasylya Stusa. R.O. Movchan (holova i vidp. redaktor), 147–153* [in Ukrainian].

12. Tulyakov, V.O. (2023). Aproksymatsiya kryminal'noho zakonodavstva Ukrayiny do prava YES (metodolohiya pytannya). *Pravo Ukrayiny*, 101–114 [in Ukrainian].

13. Shevchenko, S.V. (2024). Pryntsyp proporsiynosti u kryminalizatsiyi diyan. *Kyiv: VD «Dakor»* [in Ukrainian].

14. Shevchenko, S.V. (2019). Pryntsyp proporsiynosti u vitchyznyaniy doktryni prava: dyskusiyni ta malodoslidzheni aspekty. *Vcheni zapysky TNU im. V. I. Vernads'koho. Seriya: yurydychni nauky, Vol. 30(69), № 1, 103–110.*

15. Benedict, Douglas. (2023). Love and Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 43, 2, 273–297. Retrieved from <https://doi.org/10.1093/ojls/gqac034> [in English].

16. Rebecca, Williams. (2022). Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 42, 2, 468–494. Retrieved from <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab032> [in English].

17. Matthias, Klatt. (2021). Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, 2, 321–347. Retrieved from <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa051> [in English].

18. Hadi, Dachak. (2021). The Principle of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents. *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*, 8, 4, 684–694. DOI: 10.18415/ijmmu.v8i4.2661. Retrieved from <https://ijmmu.com/index.php/ijmmu/article/view/2661> [in English]

19. Kosta, Vasiliki. (2019). The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy. *Oxford University Press*, 1–21. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=3368867> [in English].

20. Fiona, de Londras and Fergal, F. Davis. (2010). Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspectives on Effective Oversight Mechanisms Get. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, 1, 19–47. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp031>. Retrieved from <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/30/1/19/1529107?redirectedFrom=fulltext> [in English].

Timofieieva Liliia. Proportionality of accounting aggravating and mitigating circumstances in qualifying and imposing punishment

The article examines applied aspects of the realization of the principle of proportionality in criminal law.

It was found that compliance with the principle of proportionality is one of the main requirements of fairness and justice, including the determination of punishment and its size. This principle is the logical basis of punishment and a factor in its legitimacy.

The need to develop criteria for the application of the principle of proportionality has been established. In particular, both the circumstances that burden a person's responsibility and those that mitigate it should be taken into account. It should be considered unfair and disproportionate not to apply mitigating circumstances when it is necessary and directly relevant to the case. The application of mitigating circumstances should also be considered unfair and disproportionate, when such circumstances do not relate to the commission of a criminal offense. This also applies to the impossibility of blaming aggravating circumstances when they are not covered by a specific case and the intent of the person who committed the criminal offense.

It is argued that the presence of algorithms during the qualification and imposition of punishment (application of means of criminal-legal influence, other

reaction to an illegal act) contribute to a complete, accurate and objective (taking into account the circumstances of the case) qualification of the committed act. This qualification, in turn, contributes to the individualization, differentiation of criminal responsibility, the appointment of a fair and proportionate punishment (a different reaction to an illegal act), based on the circumstances of the case. In particular, when creating such algorithms, it is necessary to take into account the specific impact of mitigating and aggravating circumstances on the qualification and imposition of punishment for a criminal offense.

The last but not the least, in the basis of the judicial practice of the Supreme Court, it was established that the qualification of theft under martial law in any amount (in particular, in the minimum amount) according to part 4 of Art. 185 of the Criminal Code of Ukraine is a disproportionate means of influence.

Key words: *principle of proportionality, principle of necessity, ECtHR practice, principles of criminal law.*