

Лукашкіна Т. В.,

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу

ДЕЯКІ ЗАУВАЖЕННЯ ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ПРОБАЦІЮ» ТА ВНЕСЕНИХ У ЗВ'ЯЗКУ З НИМ ДОПОВНЕНЬ ДО КПК УКРАЇНИ

Законом України від 5 лютого 2015 року «Про пробацію» в Україні запроваджується інститут пробації. Для забезпечення реалізації даного закону було внесено зміни до деяких нормативних актів України, зокрема до КПК (Законом від 7 вересня 2016 року № 1492-VIII).

Введення інституту пробації одержало схвальну оцінку науковців та практиків, як пише суддя Київського районного суду м. Одеси, Ігор Борцов, цей інститут є важливим інструментарієм для виправлення засуджених, запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень, і врешті решт — для забезпечення безпеки суспільства. Разом з тим, автор зазначає і певні недоліки Закону «Про пробацію» і Закону, яким внесено зміни до КПК. Одним з недоліків, на його думку, є те, що суд зможе скористатись своїм правом, передбаченим п. 6 ч. 3 ст. 314 КПК, а саме, доручити представнику персоналу органу пробації скласти досудову доповідь, тільки в підготовчому судовому засіданні, отже в підготовчому засіданні цей представник не братиме участі, він може не встигнути підготувати досудову доповідь до початку судового розгляду, обвинувачений не зможе скористатись своїм правом на участь у підготовці досудової доповіді, що, як вважає автор, буде порушувати право обвинуваченого на захист [1].

На наш погляд, недоліки зазначених законів, так би мовити, набагато глибші.

Зазначимо, що, передбачивши нового учасника кримінального провадження, КПК в різних статтях по-різному його іменує — у ст. 3 (п. 25 та 26), ст. ст. 721, 77, 78, 83 йдеться про *представника персоналу органу пробації*, а в ст. 3141, 327 — про *представника уповноваженого органу з питань пробації*. Це один і той же суб'єкт, чи різні — залишається тільки гадати. Цей, так би мовити, «технічний недолік», слід, на наш погляд, виправити.

Далі. Законом «Про пробацію» передбачені три види пробації: досудова пробація; наглядова пробація; пенітенціарна пробація (ст. 8).

Наглядова пробація полягає у здійсненні наглядових та соціально-виховних заходів щодо засуджених до певних видів покарань (не пов'язаних з позбавленням волі); щодо осіб, яким покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк замінено покаранням у виді громадських робіт або виправних робіт; осіб, звільнених від від-

бування покарання з випробуванням, звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, а також направлення засуджених до обмеження волі для відбування покарання до виправних центрів.

Пенітенціарна пробація — це підготовка осіб, які відбувають покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення з метою трудового і побутового влаштування таких осіб після звільнення за обраним ними місцем проживання.

Не вдаючись до детального аналізу законодавства, яке регулює ці види пробації, дозволимо собі висловити сподівання, що здійснення їх дозволить досягти мети, яка зазначена у ст. 4 Закону «Про пробацію», а саме — забезпечення безпеки суспільства шляхом виправлення засуджених, запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень.

А от *досудова пробація* викликає деякі питання та непорозуміння.

Цей вид пробації відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону «Про пробацію», полягає у забезпеченні суду формалізованою інформацією, що характеризує обвинуваченого, з *метою прийняття судом рішення про міру його відповідальності*. Частина 1 ст. 3141 також визначає, що досудова доповідь складається з метою забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого, а також *прийняття судового рішення про міру покарання*, а складає її представник уповноваженого органу з питань пробації. Досудова доповідь про обвинуваченого повинна містити:

- соціально-психологічну характеристику;

- оцінку ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення;

- висновок про можливість виправлення без обмеження волі або позбавлення волі на певний строк (ч. 3 ст. 9 Закону «Про пробацію»).

Статтею 721 КПК, де визначено процесуальне становище представника персоналу органу пробації, передбачене його право заявляти клопотання суду про ознайомлення з матеріалами кримінального провадження щодо обставин, зазначених у п. 4 та 5 ч. 1 ст. 91 КПК, а у кримінальних провадженнях щодо неповнолітнього обвинуваченого — додатково у ст. ст. 485, 487 КПК в порядку, передбаченому ст. 317 КПК. Можна зробити припущення, що дані відносно зазначених обставин також могли б знайти відображення у досудовій доповіді, а це обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, обставини, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження, а також обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; щодо неповнолітніх — обставини які деталізують предмет доказування, зокрема, дані про наявність до-

рослих підбурювачів та інших співучасників кримінального правопорушення (п. 4 ч. 1 ст. 485 КПК).

Всі зазначені обставини входять до предмету доказування (ст. ст. 91 та 485 КПК), отже повинні бути встановлені (а точніше — доведені) на підставі доказів. Правом збирання доказів представник персоналу органу пробачії (чи представник уповноваженого органу з питань пробачії) не наділений. Виникає питання — яка ж юридична природа досудової доповіді, яким чином ця доповідь може впливати на рішення суду щодо виду та розміру покарання (або звільнення від покарання). Ще раз наголосимо, що всі фактичні дані, які є підставою для ухвалення судового рішення, в тому числі, в частині призначення покарання, повинні бути встановлені за допомогою доказів, тобто, доведені. Доказування, як зазначено у ч. 2 ст. 91, полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів. Обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 (а також ст. 485) покладається на слідчого, прокурора та, в установлених КПК випадках, — на потерпілого (ст. 92 КПК). Додамо, що правом збирати докази наділена також сторона захисту (ч. 3 ст. 93 КПК). Докази сторони подають суду у стадії судового розгляду. Оцінюють докази слідчий, прокурор, слідчі суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням (ст. 94 КПК).

Як зазначено у ч. 2 ст. 9 Закону «Про пробачію») для підготовки досудової доповіді персоналу органу пробачії (ще один суб'єкт!) має право отримувати інформацію про обвинуваченого від підприємств, установ, організацій або уповноважених ними органів та від громадян. Крім того, як ми вже зазначали, представник персоналу служби пробачії має право заявляти клопотання суду про ознайомлення з певними матеріалами кримінального провадження (щодо обставин, передбачених пунктами 4 та 5 ч. 1 ст. 91 КПК, а у кримінальних провадженнях щодо неповнолітнього обвинуваченого — додатково ст. ст. 485, 487 КПК в порядку, передбаченому ст. 317 КПК). Але таке право (як і право інших учасників судового розгляду) має суто декларативний характер, адже під час підготовчого провадження не передбачене право подання доказів суду, більш того, до початку судового розгляду заборонено подавати суду будь-які докази (ч. 4 ст. 291 КПК). Отже, яким чином після призначення кримінального провадження до судового розгляду представник персоналу служби пробачії зможе ознайомитись з матеріалами, яких у суді немає, та використати їх у досудовій доповіді — визначити не беремось.

Очевидно, що представник персоналу органу пробачії (можливо, він же — представник уповноваженого органу з питань пробачії) не є суб'єктом доказування, отже досудова доповідь не є джерелом доказів та не повинна впливати на рішення суду щодо призначення покарання.

Черговий нонсенс — передбачене п. 6 ч. 3 ст. 314 КПК право суду прийняти рішення, яким доручити представнику персоналу органу про-

бації скласти досудову доповідь, причому з *власної ініціативи* або за клопотанням обвинуваченого, його захисника чи законного представника, чи за клопотанням прокурора і до того ж лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини,

Як ми вже зазначили, в стадії підготовчого провадження не передбачене подання доказів суду. Тому суд не знає (не повинен знати), якими доказами підтверджується позиція сторони обвинувачення, висловлена в обвинувальному акті. А головне — суд не має права заздалегідь висловити свою думку щодо вирішення кримінального провадження, а, «замовляючи» досудову доповідь, суд певним чином демонструє свою позицію щодо необхідності призначення обвинуваченому покарання. Навіть незалежно від наявності у розпорядженні суду доказів (а тим більш при їх відсутності) суд має право висловити свою позицію щодо вирішення провадження тільки у підсумковому рішенні (вироку, ухвалі).

Тому незрозуміло, яким чином суд у підготовчому провадженні ще до дослідження доказів, на підставі яких він матиме можливість встановити наявність чи відсутність події кримінального правопорушення, винуватість або невинуватість обвинуваченого, буде заздалегідь пропонувати органу пробації скласти досудову доповідь для прийняття судового рішення про міру покарання, особливо в інтересах прав людини. Як зможе розцінити таку «ініціативу» суду обвинувачений, який не визнає себе винуватим у вчиненні злочину, чи не може це (на думку обвинуваченого, і не тільки!) свідчити про упередженість суду? Чому досудова доповідь складається в інтересах національної безпеки та економічного добробуту? Чи повинен суд, пропонуючи скласти досудову доповідь, наприклад, щодо неповнолітнього, обґрунтувати свою ухвалу щодо того, що така доповідь забезпечуватиме національну безпеку та економічний добробут (кого?).

Отже, норми, які передбачають право суду «замовити» досудову доповідь, на наш погляд, не витримують жодної критики.

Ще одне непорозуміння, яке стосується складання досудової доповіді, полягає у покладанні на обвинуваченого обов'язку надавати достовірну інформацію представнику персоналу органу пробації, необхідну для підготовки досудової доповіді (п. 4 ч. 6 ст. 42 КПК, ст. 17 Закону України «Про пробацію»). Правда, у ч. 4 ст. 42 серед прав обвинуваченого названо право отримувати роз'яснення щодо порядку підготовки та використання досудової доповіді, відмовлятися від участі у підготовці досудової доповіді (п. 7), а також брати участь у підготовці досудової доповіді, надавати представнику персоналу органу пробації інформацію, необхідну для підготовки такої доповіді, ознайомлюватися з текстом досудової доповіді, подавати свої зауваження та уточнення (п. 8). Таким чином, обвинувачений може відмовитися надавати будь-яку інформацію представнику персоналу органу пробації, але чому він зобов'язаний надавати достовірну інформацію — лишається загадкою, адже

на обвинуваченого не покладається обов'язок давати правдиві показання. До того ж відмовитися від участі у підготовці досудової доповіді обвинувачений не завжди буде готовий, адже його відмова може сприйматись (бодай, на його думку) як небажання співпрацювати з органом пробації, від якого певною мірою може залежати його доля, оскільки в досудовій доповіді міститься пропозиція щодо міри покарання.

Отже, ще раз — чому обвинувачений, який не зобов'язаний давати показання слідчому, прокурору, суду, не несе відповідальності за завідомо неправдиві показання, зобов'язаний надавати правдиву інформацію представнику персоналу служби пробації з питань, які, як ми зазначили вище, входять до предмету доказування? Право обвинуваченого давати або не давати показання (право на мовчання), відсутність відповідальності обвинуваченого за неправдиві показання є важливою гарантією його права на захист, проявом дії презумпції невинуватості. Розглядувані нами положення Закону «Про пробацію» і відповідних змін до КПК не просто нелогічні, вони підривають важливіші принципи кримінального провадження, закріплені у КПК (ст. ст. 17, 20), Конституції України (ст. ст. 62, 63, п. 2, 5 ст. 129), Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ст. 6).

Наша пропозиція щодо усунення зазначених недоліків досить радикальна — необхідно взагалі виключити із розглядуваних нормативних актів досудову пробацію.

Представнику органу пробації слід було б надати статус спеціаліста, до якого мав би право звернутися прокурор (можливо і слідчий, за погодженням з прокурором) з власної ініціативи чи за клопотанням сторони захисту, запропонувавши скласти досудову доповідь (можливе інше найменування). Причому, таке звернення могло б мати місце після того як, на думку прокурора (слідчого), встановлені достатні докази, що свідчать про причетність підозрюваного до вчинення конкретного злочину. Прокурор мав би за клопотанням представника служби пробації надати йому можливість ознайомитись з доказами, які необхідні для складання досудової доповіді. Сторона захисту повинна бути поінформована про залучення до участі у провадженні представника служби пробації, підозрюваний повинен мати право брати участь у підготовці досудової доповіді та подавати документи, повідомляти відомості. Ні про який обов'язок підозрюваного повідомляти достовірну інформацію не може йтися. Така досудова доповідь повинна розглядатись як роз'яснення та пропозиції спеціаліста, які суд може врахувати, вирішуючи на підставі доказів, наданих сторонами, питання про фактичні обставини, на підставі яких буде вирішуватись питання про міру покарання та необхідність застосування до обвинуваченого пробації (відповідно до ст. 7 Закону «Про пробацію»).

Оскільки в деяких випадках кримінальне провадження може бути вирішене по суті у підготовчому провадженні, зокрема, в разі заклю-

чення на досудовому розслідуванні угод про примирення чи визнання вини, залучення під час досудового розслідування представника служби пробації і підготовка ним досудової доповіді, дозволила б суду врахувати його думку (як спеціаліста) при вирішенні питання про затвердження угод.

Ще деякі зауваження, які можемо висловити, стосуються наглядової та пенітенціарної пробації.

1. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 2 Закону «Про пробацію» пробацію визначено як систему наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, виконання певних видів кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі. (передбачено також як вид пробації забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого, але зараз ми цього питання не торкаємось). Виникає питання — чи повинна застосовуватись пробація тільки за рішенням суду, чи самостійною підставою її застосування є вирок суду, яким обвинуваченого засуджено до певного покарання, ухвала суду про звільнення від відбування покарання (зокрема, вагітних жінок та жінок, які мають дітей до 3 років тощо). У КК України прямо передбачено право суду, засудивши обвинуваченого умовно з випробуванням (ст. 75) покласти на нього обов'язки, виконання яких потребує участі органу пробації (періодично з'являться для реєстрації до уповноваженого органу з питань пробації, не виїжджати за межі України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації тощо — ст. 76). Очевидно, що покладення таких обов'язків повинно бути зазначено у вирокі, що і передбачено ч. 4 ст. 374 КПК (у разі звільнення від відбування покарання з випробуванням відповідно до ст. ст. 75–79, 104 КК у резолютивній частині вироку зазначаються тривалість іспитового строку, обов'язки, покладені на засудженого). В разі засудження обвинуваченого до реального покарання (зокрема, такого, в зв'язку з яким передбачена пробація) включення до вироку рішення про застосування пробації не передбачене.

Частиною 2 ст. 7 Закону «Про пробацію» підставами для застосування пробації названо обвинувальні вироки суду (якими обвинуваченого засуджено до певних видів покарання) та ухвали суду про заміну покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк покаранням у виді громадських робіт або виправних робіт; про звільнення від відбування покарання вагітної жінки або жінки, яка має дитину віком до трьох років, а також акт про помилування, яким засудженому замінено покарання або невідбуту частину покарання покаранням у виді громадських робіт або виправних робіт. А в ч. 1 цієї ж статті передбачено, що під час вирішення питання про застосування до особи пробації суд бере до уваги характер вчиненого кримінального правопорушення та соціально-психологічну характеристику особи обвинува-

ченого або засудженого, яку готує персонал органу пробації або адміністрація установи виконання покарань.

У ч. 7 ст. 8 Кримінально-виконавчого кодексу України щодо основних прав засуджених зазначено таке: засуджені, до яких судом застосовано пробацію, користуються правами, передбаченими КВК та законом України «Про пробацію».

На наш погляд, необхідно чітко визначити, чи застосовується пробація тільки тоді, коли її прямо передбачено у судовому рішенні, чи її може бути застосовано уповноваженим органом з питань пробації і в інших випадках — на підставі закону «Про пробацію».

2. Доцільно було б, на нашу думку, передбачити можливість здійснення наглядової пробації також у випадку звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки (ст. 47 КК) та у зв'язку із звільненням неповнолітнього від кримінальної відповідальності та застосуванням до нього примусових заходів виховного характеру (ч. 1 ст. 97 КК). Обидва ці види звільнення від кримінальної відповідальності є умовними. Як зазначено у ч. 2 ст. 47 КК, у разі порушення умов передачі на поруки особа притягується до кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин. А відповідно до ч. 3 ст. 97 КК у разі ухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру ці заходи скасовуються і він притягується до кримінальної відповідальності.

3. Виникають деякі питання та зауваження і відносно прав представника персоналу органу пробації.

Статтею 19 Закону «Про пробацію» серед прав персоналу органу пробації передбачено право перебувати на земельних ділянках, у жилих та інших приміщеннях громадян за їхньою згодою, а також на території і в приміщеннях підприємств, установ і організацій з повідомленням про це керівника або уповноваженої ним особи. Незрозуміло, чому персонал служби пробації під час здійснення нагляду (за засудженими) має право увійти на територію і в приміщення підприємств, установ і організацій, мабуть, і в тих випадках, коли це юридичні особи приватного права. Відповідно до ч. 2 ст. 233 КПК транспортні засоби, земельні ділянки, гаражі, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи, віднесені до іншого володіння, проникнення до яких можливе або за добровільною згодою такої особи, або на підставі ухвали слідчого судді. Отже, слідчий та прокурор, які здійснюють досудове розслідування, повинні дотримуватись зазначених правил, а представник персоналу служби пробації чомусь має якесь особливе право увійти на територію та в приміщення підприємств, установ і організацій з повідомленням про це керівника.

Оскільки розглянуті норми передбачено ввести в дію з 1 січня 2018 року, є ще час виправити недоліки законодавства.

Література

1. Борщов І. Проблемні питання застосування пробації в Україні // Вісник Асоціації слідчих суддів України. — 2017. — № 1 (2). — С. 29–31.

Демура М. І.,

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
кафедра кримінального процесу, кандидат юридичних наук*

ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ НЕОДЕРЖАНИХ ДОХОДІВ (УПУЩЕНОЇ ВИГОДИ) У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Кримінальним процесуальним кодексом України (далі — КПК) встановлено, що потерпілим у кримінальному провадженні може бути особа, якій, серед іншого, завдано майнової шкоди (ч. 1 ст. 55). Поняття «шкода», «майнова шкода» не врегульовано нормами кримінального процесуального законодавства адже належить до цивільно-правових категорій. Тому вбачається за доцільне звернутися до цивільного законодавства.

В цивільному праві до поняття «шкода» включаються втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки), а також доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода) (ст. 22 ЦК України).

Таким чином, право на відшкодування шкоди в цивільному законодавстві поширюється на будь-яку шкоду — як дійсну, так і можливу. З урахуванням цього положення, видається необхідним знайти відповідь на питання: Чи підлягає відшкодуванню у кримінальному процесі шкода у вигляді упущеної вигоди? Значущість окресленої проблематики пов'язана з тим, що заявлення у кримінальному процесі цивільного позову, в тому числі і про відшкодування упущеної вимоги, має суттєві переваги порівняно із позовом в рамках цивільного судочинства. Наприклад, висунення цивільно-правової вимоги під час кримінального провадження забезпечує процесуальну економію, оскільки позбавляє суд необхідності розглядати одне питання двічі; сприяє недопущенню суперечливих висновків по одних і тих же питаннях; обов'язок доказування виду і розміру шкоди покладається на сторону обвинувачення, а не на цивільного позивача тощо.

Звертаючись до напрацювань вчених-процесуалістів, можна виділити дві протилежні точки зору. Так, Н. І. Газетдинов стверджує, що відшкодування в порядку кримінального судочинства так званої «упу-