



**ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ
З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ
(ВССУ)**

вул. П. Орлика, 4а, м. Київ, 01043, тел. 591-10-00
<http://sc.gov.ua>; e-mail: inbox@sc.gov.ua; код ЄДРПОУ 37317811

**Народному депутатові України
Домбровському О. Г.**

вул. Грушевського, 5,
м. Київ, 01008

Шановний Олександре Георгійовичу!

У ВССУ розглянуто Ваш депутатський запит від 22 вересня 2016 року № 8-698, надісланий із супровідним листом Голови Верховної Ради України від 23 вересня 2016 року № 11/10-462 (вх. № 1309/0/1-16 від 29 вересня 2016 року), стосовно надання правового висновку щодо доцільності внесення змін до Закону України від 26 листопада 2015 року № 838-VIII «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» (Закон), у зв'язку з чим повідомляємо таке.

Такими змінами пропонується передбачити можливість зарахування одного дня попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі особам, засудженим вперше за вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості, а також особам, засудженим за вчинення тяжкого злочину, не пов'язаного зі злочином: а) проти життя та здоров'я людини, який потягнув за собою смерть людини або втрату нею працездатності; б) проти волі, честі та гідності людини, який потягнув за собою смерть людини або втрату нею працездатності; в) проти статевої свободи та статевої недоторканності людини.

За результатами аналізу згаданої пропозиції, підтримуючи необхідність якнайшвидшого коригування положень ч. 5 ст. 72 Кримінального кодексу України (КК), вважаємо за потрібне звернути увагу на таке.



Запропонований спосіб коригування положень ч. 5 ст. 72 КК викликає деякі сумніви.

По-перше, пропонується застосовувати різний режим зарахування попереднього ув'язнення залежно від тяжкості вчиненого особою злочину за обов'язкової умови вчинення його вперше: тим, хто вчинив злочини середньої, невеликої тяжкості або тяжкі за виключенням окремих з них, попереднє ув'язнення буде зараховуватись із розрахунку «один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі», усім іншим засудженим з огляду на відсутність будь-яких вказівок попереднє ув'язнення не буде зараховуватися взагалі. Подібний підхід є дискримінаційним та надалі може призвести до визнання порушень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у Європейському суді з прав людини. Встановлення таких правил також призводить до нерівності між різними особами, до яких застосовано один і той самий запобіжний захід – тримання під вартою, що також може викликати дискусії щодо їх невідповідності положенням ст. 24 Конституції України.

Крім того, проведений системний аналіз використаного у наведеній пропозиції формулювання «тяжкий злочин, не пов'язаний зі злочином проти життя та здоров'я людини, який потягнув за собою смерть людини або втрату нею працездатності, злочином проти волі, честі та гідності людини, який потягнув за собою смерть людини або втрату нею працездатності, злочином проти статевої свободи та статевої недоторканності людини» свідчить про обмеження проведення зарахування одного дня попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі до засуджених за тяжкий злочин:

а) відповідальність за який передбачено розділом II Особливої частини КК, що потягнув за собою смерть (ст. 115, ч. 2 ст. 119, ч. 3 ст. 120, ч. 2 ст. 121, ч. 3 ст. 135, ч. 3 ст. 136, ч. 2 ст. 137) або втрату нею працездатності (ч. 1 ст. 121, ч. 1 ст. 122). Слід звернути увагу на те, що у ч. 1 ст. 121, ч. 1 ст. 122 КК вживається словосполучення «розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менш як на одну третину»;

б) відповідальність за який передбачено розділом III Особливої частини КК, що потягнув за собою смерть або втрату нею працездатності. Зазначимо, що жодна зі статей цього розділу Особливої частини КК не містить безпосередньої вказівки на такі наслідки, а отже, наявне обмеження щодо застосування зарахування попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі буде закріплене лише формально;

в) відповідальність за який передбачено розділом IV Особливої частини КК (частини 2 - 4 ст. 152, частини 2 і 3 ст. 153, ч. 2 ст. 155, ч. 2 ст. 156), тобто до усіх без винятку тяжких злочинів даного розділу. Вважаємо, що пропонуванний підхід має бути уніфіковано.

Окремо слід звернути увагу на пропонуване формулювання «втрата людиною працездатності». Як вже попередньо зазначалося, норми КК такого формулювання не містять, натомість у його положеннях вживається «розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менш як на одну третину» (ч. 1 ст. 121, ч. 1 ст. 122 КК) та «незначна втрата працездатності» (ч. 2 ст. 125 КК). Теорія кримінального права залежно від виду втрати працездатності особи відносить їх до переліку особливо тяжких чи тяжких наслідків, їх поняття є оціночним. У зв'язку з чим вважаємо, що закріплення в ч. 5 ст. 72 КК як критерію до обмеження застосування тяжких злочинів передбачених Розділами II і III Особливої частини КК вказівки на наслідки у виді «втрати непрацездатності» є хибним.

Крім того, поняття «втрати працездатності» на нормативному рівні не визначається. Аналіз правових норм дозволяє дійти висновку, що втрата працездатності може бути постійна (стійка) і тимчасова, повна і часткова. В той же час із наведеної пропозиції змін до ч. 5 ст. 72 КК не випливає, який вид втрати працездатності мається на увазі. Це створить проблеми при призначенні відповідних експертиз та віднесення таких наслідків до критерію, що обмежуватиме дію норми, яка передбачає зарахування одного дня попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі, а також створить неабиякі труднощі, коли втрату працездатності потерпілого буде констатовано медико-

соціальною експертною комісією після набуття вироком законної сили і, відповідно, проведення перерахунку засудженому.

По-друге, ч. 2 ст. 183 Кримінального процесуального кодексу України (КПК) встановлено, що запобіжний захід у виді взяття під варту є винятковим заходом і його обрання має місце переважно саме у випадках вчинення особою тяжкого або особливо тяжкого злочину. Інакше кажучи, якщо суд при обранні запобіжного заходу до особи, котра вчинила злочин невеликої чи середньої тяжкості, враховуючи виключність такої практики, згідно з наведеним положенням КПК все ж зважиться до обрання такого заходу, як тримання під вартою, це свідчитиме, що такі особи, незважаючи на те, що інкриміноване їм діяння не має ознак високої суспільної небезпеки, несуть загрозу і саме на цій підставі їх поміщують у слідчий ізолятор. Це знову ж таки свідчить про незбалансованість пропозиції щодо чинного законодавства.

По-третє, введення означених положень призведе до появи низки проблемних питань у практичній діяльності, в тому числі яким чином попереднє ув'язнення має зараховуватись у строк позбавлення волі особам, котрі вчинили тяжкий злочин, що підпадає під наведені обмеження, чи особливо тяжкий злочин; як діяти суду при призначенні покарання за сукупністю злочинів, якщо один зі злочинів є тяжкий, що підпадає під наведені обмеження, чи особливо тяжкий, а інший – ні, тощо. Також слід враховувати й положення ч. 1 ст. 5 КК, що є формою реалізації ч. 1 ст. 58 Конституції України, відповідно до якої закони й інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Інакше кажучи, змінена редакція ч. 5 ст. 72 КК буде мати зворотну дію щодо тих осіб, до котрих норма, яка передбачатиме «застосування одного дня попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі», пропонується обмежити.

На нашу думку, найкращим із можливих способів вирішення проблем, що виникли після прийняття Закону, було б повернення до тієї редакції ч. 5 ст. 72 КК, яка діяла до його прийняття.

Також вважаємо за необхідне звернути увагу на положення оновленої редакції ч. 5 ст. 72 КК, на підставі якої особі дається можливість уникнути відбуття основного покарання, зокрема, у виді штрафу чи позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю відповідно до абз. 5 ч. 5 ст. 72 КК. Відповідно до абз. 5 ч. 5 ст. 72 КК «при призначенні основного покарання, не зазначеного в частині першій цієї статті, суд зобов'язаний повністю звільнити засудженого від відбування такого основного покарання». Ці покарання не наведені в ч. 1 ст. 72 КК, проте згідно з ч. 3 ст. 52 КК вони можуть призначатися як основне покарання.

Слід наголосити, що на підставі змін до ст. 53 КК, внесених Законом України від 15 листопада 2011 року № 4025-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за порушення у сфері господарської діяльності», штраф значно змінив свій каральний потенціал і за обсягом карального впливу на рівних конкурує з позбавленням волі. Про це свідчать зміни і до ст. 12 КК, і до санкцій Особливої частини КК, де доволі часто штраф вказується як альтернатива позбавленню волі (наприклад, частини 1 - 3 ст. 368-3, частини 1, 2 ст. 369-2 тощо) або як безальтернативне основне покарання (наприклад, частини 1 і 2 ст. 204, частини 2 і 3 ст. 212 тощо). Штраф як основний вид покарання передбачено не лише за злочини невеликої та середньої тяжкості, а й за тяжкі та навіть особливо тяжкі злочини.

Тож, якщо законодавець не відмовиться в цілому від закріпленого в Законі підходу щодо зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання з розрахунку «день за двоє», пропонуємо два альтернативні варіанти внесення змін до ст. 72 КК для врегулювання ситуації щодо визнаного основного покарання у виді штрафу, якщо особа була попередньо ув'язнена:

1) доповнити п. 1 ч. 1 ст. 72 КК новим підпунктом «д», виклавши його у такій редакції: «д) вісім неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.». Тоді положення абз. 3 ч. 5 ст. 72 КК поширюватимуться виключно на таке основне покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; або

2) абз. 3 ч. 5 ст. 72 КК викласти у такій редакції: «При призначенні основного покарання, не зазначеного в ч. 1 цієї статті, за винятком штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, суд зобов'язаний повністю звільнити засудженого від відбування такого основного покарання. У разі призначення судом покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян зарахування строку попереднього ув'язнення в межах того самого кримінального провадження здійснюється у такому порядку: 1) строк попереднього ув'язнення переводиться у строк позбавлення волі відповідно до співвідношення, визначеного абз. 1 цієї частини; 2) визначений відповідно до п. 1 цієї частини строк позбавлення волі переводиться у штраф відповідно до співвідношення, визначеного в абз. 2 ч. 5 ст. 53 КК України».

Зважаючи на викладене, вважаємо, що наведені у запиті пропозиції потребують доопрацювання.

З повагою

Голова



Б. Гулько