

ВИСНОВОК
антикорупційної експертизи проєкту Закону України
«Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального
процесуального кодексу України щодо розвитку системи пробації,
збільшення альтернатив позбавленню волі та створення умов для
зниження рецидивної злочинності»

Картка проєкту

Ініціатор(и) законопроєкту: Кабінет Міністрів України	Мета проєкту Закону – індивідуалізація системи покарань та розширення переліку видів покарань, альтернативних позбавленню волі, що сприятиме зменшенню кількості осіб у місцях несвободи, забезпечить виправлення правопорушників без ізоляції від суспільства та заощадить відповідні бюджетні кошти	Проект Закону, реєстраційний № 5360 від 12.04.2021, включено до порядку денного засідання Верховної Ради України 18.05.2021
--	---	---

Резюме антикорупційної експертизи

За результатами антикорупційної експертизи проєкту Закону Національне агентство ідентифікувало такі корупціогенні фактори, які у разі прийняття законопроєкту можуть спричинити вчинення корупційних правопорушень:

1) невизначеність обставин, які має враховувати суд при призначенні пробаційного нагляду засудженого;

2) наділення уповноваженого органу з питань пробації дискреційними повноваженнями щодо покладення на засудженого додаткових обов'язків, а також скасування або зміни обов'язків, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково, за відсутності судового контролю за здійсненням цих повноважень та невизначеності в Кримінальному кодексі України (далі – КК України) критеріїв чи підстав для покладення на засудженого таких обов'язків;

3) відсутність у нормах проєкту Закону ознак, які визначають зміст поняття «оцінка криміногенного ризику».

Опис виявлених корупціогенних факторів

1. Встановлення або розширення дискреційних повноважень органу державної влади чи органу місцевого самоврядування або особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, за відсутності визначення вичерпних випадків, підстав, форм, строків, порядку здійснення таких повноважень, контролю за їх здійсненням та відповідальності за можливі зловживання під час їх здійснення

1) У проєкті Закону пропонується доповнити КК України новою ст. 59¹, у ч. 2 якої встановити, що пробаційний нагляд як додаткове покарання може бути призначений і у випадках, коли він не передбачений у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, якщо суд, призначаючи основне покарання у виді громадських робіт, виправних робіт, штрафу або позбавлення права обіймати певні посади, або займатися певною діяльністю, дійде висновку про необхідність додаткового виправного впливу на засудженого.

Водночас у вказаній статті не визначено обставин (умов), з урахуванням яких суд може призначати пробаційний нагляд, наприклад таких, як: характер, ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, особа засудженого тощо. Неврегульованість критеріїв, якими має керуватися суд при оцінці необхідності додаткового виправного впливу на засудженого, створює умови для надмірного рівня дискреції під час призначення пробаційного нагляду на власний розсуд.

Рекомендація НАЗК:

визначити обставини (умови), які має врахувати суд при призначенні пробаційного нагляду як додаткового покарання у випадках, коли він не передбачений у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу. В переліку таких обставин (умов) може бути визначено, наприклад, характер, ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, особу засудженого тощо.

2) У положеннях абз. 8 ч. 5 ст. 59¹ проєкту Закону пропонується визначити, що на засудженого до пробаційного нагляду може бути покладено додаткові обов'язки, серед яких обов'язок не виїжджати за межі України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації. При цьому повноваженням приймати рішення про покладення на засудженого вказаних обов'язків у проєкті Закону пропонується наділити уповноважений орган з питань пробації.

Разом з тим відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 76 КК України покладення на осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, обов'язку не виїжджати за межі України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації наразі віднесено до повноважень суду.

Наділення уповноваженого органу з питань пробації зазначеним дискреційним повноваженням за умови невизначеності в КК України будь-яких критеріїв чи підстав для його здійснення створює ризики довільного покладення на засуджених вказаного обов'язку (чи незастосування вказаного заходу до окремих з них), а також передумови для надання службовим особам зазначеного органу неправомірної вигоди з метою уникнення покладення на засудженого цього обов'язку.

Аналогічне зауваження стосується й передбаченого в абз. 9 ч. 5 ст. 59¹ проєкту Закону покладення на засудженого обов'язку працевлаштуватися або звернутися до органів державної служби зайнятості для реєстрації як безробітного та працевлаштуватися, якщо йому буде запропоновано посаду

(роботу). Наразі вказаний обов'язок відповідно до п. 3 ч. 3 ст. 76 КК України на осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, покладається виключно судом.

Крім того, згідно з ч. 3 ст. 43 Конституції України використання примусової праці забороняється; не вважається примусовою працею військова або альтернативна (невійськова) служба, а також робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан. Згідно з ч. 3 ст. 63 Конституції України засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Відповідно до ст. 50 КК України покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду.

Натомість довільне покладення органом виконавчої влади на засудженого обов'язку працевлаштуватися або зареєструватися як безробітний, що за своєю суттю є обмеженням конституційних прав і свобод, вочевидь суперечитиме вказаним нормам Основного Закону України та КК України.

Так само необґрунтовано в редакції ч. 6 ст. 76 КК України проекту Закону до повноважень уповноваженого органу з питань пробації віднесено скасування або зміну обов'язків, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково. При цьому до обов'язків, які можуть бути скасовані уповноваженим органом з питань пробації, віднесено обов'язки та заборони, які відповідно до ч. 2 вказаної статті проекту Закону на осіб, засуджених за злочини, пов'язані з домашнім насильством, може покласти лише суд.

Таким чином, проект Закону зумовлює «перебирання» органом виконавчої влади функцій суду, що суперечить ч.ч. 1, 2 ст. 124 Конституції України. Крім того, вказані зміни суттєво розширюють дискреційні повноваження уповноваженого органу з питань пробації, однак не передбачають підстав для скасування або зміни обов'язків, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково.

Рекомендація НАЗК:

встановити, що:

– додаткові обов'язки не виїжджати за межі України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації та працевлаштуватися або за направленням уповноваженого органу з питань пробації звернутися до органів державної служби зайнятості для реєстрації як безробітного та працевлаштуватися, якщо йому буде запропоновано посаду (роботу), на засудженого можуть бути покладені лише судом;

– скасування або зміна обов'язків, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково, здійснюється судом.

2. Суперечність між різними положеннями одного й того ж нормативно-правового акта або між положеннями різних нормативно-правових актів однакової юридичної сили у вирішенні одного й того ж питання, що допускає різне тлумачення норм

1) Положення ч. 4 ст. 76 КК України в редакції проєкту Закону щодо покладення органом з питань пробації на осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково, додаткових обов'язків не узгоджуються з чинною нормою ч. 3 ст. 75 КК України, відповідно до якої обов'язки, які покладаються на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, визначаються судом.

Вказана суперечність створює невиправдані корупційні ризики, оскільки може призвести до неоднакового застосування вказаних норм, коли певні обов'язки в одних випадках будуть покладатися на особу і судом, і органом з питань пробації, в інших – або судом, або вказаним органом, а в окремих випадках можуть бути не покладені взагалі.

Рекомендація НАЗК:

усунути суперечність в частині покладення на осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково, додаткових обов'язків та встановити, що такі обов'язки можуть бути покладені лише судом.

2) Відповідно до ч. 1 ст. 74 КК України звільнення засудженого від покарання або подальшого його відбування, заміна більш м'яким, а також пом'якшення призначеного покарання, крім звільнення від покарання або пом'якшення покарання на підставі закону України про амністію чи акта про помилування, може застосовуватися тільки судом у випадках, передбачених цим Кодексом.

Натомість у ч. 1 ст. 78 КК України в редакції проєкту Закону пропонується встановити, що засуджений вважається звільненим від призначеного йому покарання (з випробуванням) на підставі постанови уповноваженого органу з питань пробації після закінчення іспитового строку за умови виконання засудженим покладених на нього обов'язків та відсутності щодо цього обвинувального вироку суду, який набрав законної сили, за вчинення нового кримінального правопорушення.

Наявна суперечність може призвести до неоднакової практики застосування вказаних кримінально-правових норм або взагалі унеможливити їх застосування та спричинити порушення прав засуджених осіб, які відбули призначене їм покарання.

Рекомендація НАЗК:

усунути суперечність в частині звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням та встановити, що засуджений звільняється лише судом.

3. Необґрунтоване встановлення положень відсильного характеру щодо врегулювання відносин у сферах з високим рівнем корупційних ризиків за допомогою нормативно-правових актів нижчого рівня

Згідно з пояснювальною запискою до проєкту Закону для планування та здійснення соціально-виховної роботи із засудженими, прийняття рішення про їхнє умовно-дострокове звільнення проєктом запроваджується оцінка криміногенних ризиків вчинення нового кримінального правопорушення. Наразі вже започатковано пілотування цього інструменту в установах виконання покарань з урахуванням вже існуючого позитивного досвіду використання такого інструменту органами пробації.

Правова конструкція «оцінка криміногенного ризику» в ч.ч. 4, 6 ст. 76, абз. 2 ч. 3 ст. 78, ч. 2 ст. 81, ч. 2 ст. 82 КК України в редакції проєкту Закону використовується як критерій для вирішення питань про:

можливість застосування до засудженого звільнення від відбування покарання з випробуванням;

умовно-дострокове звільнення від відбування покарання;

покладення на осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроково, додаткових обов'язків, їх скасування або зміна.

При цьому визначення змісту вказаного поняття, а також порядку проведення такої оцінки в проєкті Закону не деталізовано. Натомість відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 81 КК України в редакції проєкту Закону порядок оцінки криміногенного ризику має бути визначено на рівні підзаконного акта Міністерства юстиції України.

Встановлення положень відсильного характеру щодо змісту та порядку такої оцінки створює невизначеність щодо обставин, які мають враховуватися при застосуванні вказаних заходів кримінально-правового впливу. Не визначено також органу, уповноваженого здійснювати вказану оцінку: адміністрація установи виконання покарань, уповноважений орган з питань пробації чи суд.

Рекомендація НАЗК:

безпосередньо в проєкті Закону визначити зміст поняття «оцінка криміногенного ризику», деталізувати основні правові засади її проведення, а також обсяг повноважень органу, який проводитиме відповідну оцінку.

4. Інші зауваження

Положення ч. 2 та абз. 2 ч. 3 ст. 78 КК України в редакції проєкту Закону є неузгодженими та нелогічними. Так, відповідно до абз. 2 ч. 3 вказаної статті у разі вчинення засудженим протягом іспитового строку кримінального правопорушення суд може звільнити його від відбування покарання з випробуванням, якщо характер та обставини вчиненого кримінального правопорушення, а також оцінка криміногенного ризику свідчать про можливість виправлення особи без відбування покарання.

Водночас відповідно до ч. 2 зазначеної статті у разі, якщо засуджений не виконує покладені на нього обов'язки або систематично вчиняє правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про

його небажання стати на шлях виправлення, суд направляє засудженого для відбування призначеного покарання.

Разом з тим пропонований підхід є хибним, оскільки адміністративні правопорушення є менш суспільно небезпечними, ніж кримінальні. Тому вчинення засудженим протягом іспитового строку адміністративного правопорушення не повинно тягнути настання більш серйозних правових наслідків, ніж вчинення кримінального правопорушення.

Рекомендація НАЗК:

доопрацювати положення проекту Закону та усунути суперечність у частині звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням або направлення його для відбування призначеного покарання у разі вчинення протягом іспитового строку адміністративного/кримінального правопорушення.

Висновок:

проект Закону містить корупціогенні фактори та потребує суттєвого доопрацювання з урахуванням наданих рекомендацій.

**В.о. Голови
Національного агентства
з питань запобігання корупції**

Роман СУХОСТАВЕЦЬ