

УДК 343.288

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.10.42>**Руслан Волинець,**

докт. юрид. наук, доцент,

доцент кафедри кримінально-правової політики та кримінального права

Інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОМ'ЯКШЕННЯ ПОКАРАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З НАБРАННЯМ ЧИННОСТІ ЗАКОНОМ ПРО КРИМІНАЛЬНІ ПРОСТУПКИ

З 1 липня 2020 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», яким внесені суттєві зміни до Кримінального кодексу України та запроваджений інститут кримінальних проступків. У результаті прийнятих змін із санкцій деяких статей через віднесення кримінальних правопорушень, передбачених цими статтями, до кримінальних проступків було виключено покарання у виді позбавлення волі. Йдеться, зокрема, про ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 1 ст. 350 Кримінального кодексу України. У зв'язку із цим постало логічне запитання про зворотню дію кримінального закону в часі та перегляд покарання тим особам, яким за вчинення злочинів, передбачених цими статтями, було призначено покарання у виді позбавлення волі.

Для врегулювання подібного роду питань у Кримінальному кодексі України є ч. 3 ст. 74, відповідно до якої призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону. У разі якщо така межа передбачає більш м'який вид покарання, відбусте засудженим покарання зараховується з перерахуванням за правилами, встановленими ч. 1 ст. 72 цього Кодексу. Ретельний аналіз можливих варіантів застосування ч. 3 ст. 74 Кримінального кодексу України дозволяє зробити висновок, що не все так однозначно. Уряді випадків у разі застосування положень ч. 3 ст. 74 Кримінального кодексу України відбувається не пом'якшення покарання, а непропорційне збільшення покарання, адже в кінцевому підсумку строк остаточно призначеного покарання у виді обмеження волі значно перевищує строк невідбутої частини покарання у виді позбавлення волі.

У ситуації, що досліджується у статті, автоматична заміна призначеного покарання у виді позбавлення волі незалежно від строку призначеного покарання на максимальний строк покарання у виді обмеження волі нівелює принцип індивідуалізації покарання. Виходить, що три роки обмеження волі має бути призначено: як особам яким було призначено один рік позбавлення волі, так і особам, яким було призначено три роки позбавлення волі; як особам, яким залишилось відбутти один місяць позбавлення волі, так і особам, яким залишилось відбутти один рік позбавлення волі.

Відчуваючи, що буквальне застосування ч. 3 ст. 74 Кримінального кодексу України не завжди спрямоване на пом'якшення кримінальної відповідальності засуджених осіб, суди по-різному підходять до заміни покарання у виді позбавлення волі на покарання у виді обмеження волі. З одного боку, це сприяє захисту прав засуджених, а з іншого – не сприяє єдності судової практики. Отже, існує нагальна потреба розроблення єдиного підходу щодо вирішення цієї ситуації.

У статті обстоюється підхід, згідно з яким заміна покарання у виді позбавлення волі на покарання у виді обмеження волі в ситуації, коли законодавець виключив із санкції статті покарання у виді позбавлення волі, має відбуватися зі збереженням раніше визначеного судом розміру покарання. Також пропонуються інші правила пом'якшення покарання у разі застосування ч. 3 ст. 74 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: призначення покарання, пом'якшення покарання, заміна покарання більш м'яким, кримінальні проступки, позбавлення волі, обмеження волі.

Постановка проблеми. З 1 липня 2020 року в Україні було запроваджено інститут кримінальних проступків. Якщо підходити з формального боку до цього питання, інститут кримінальних проступків з'явився в Україні ще в 2012 році, коли було

прийнято новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК), який містить главу 25 «Особливості досудового розслідування кримінальних проступків». Однак нормативне регулювання кримінальних проступків мало незавершений характер,

оскільки відповідно до п. 1 розділу Х «Прикінцеві положення» КПК цей Кодекс набрав чинності через шість місяців з дня його опублікування, крім положень, що стосувались кримінального провадження щодо кримінальних проступків, які мали бути введені в дію одночасно з набранням чинності Законом України про кримінальні проступки.

22 листопада 2018 року було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (далі – Закон), який і запровадив інститут кримінальних проступків.

Інституту кримінальних проступків було присвячено роботи М. І. Хавронюка, М. М. Дмитрука, О. О. Дудорова, Н. І. Мітрицян, Г. П. Пімонова, В. О. Тулякова та інших вчених. Напрацювання у цій сфері має і автор цієї статті [1; 2]. Втім набрання чинності Законом перевело ці дискусії із суто теоретичної площини в практичну сферу, поставило нові, конкретні питання перед науковцями та практичними працівниками.

Одне із таких практичних питань полягає в тому, що була змінена караність низки кримінальних правопорушень, які були переведені з категорії злочинів невеликої та середньої тяжкості та віднесені до категорії кримінальних проступків.

Метою статті є розгляд різних підходів до пом'якшення покарання у тих випадках, коли було змінено санкцію статті у зв'язку з віднесенням окремих злочинів до кримінальних проступків.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 2 ст. 12 Кримінального кодексу України (далі – КК) кримінальним проступком є передбачене цим Кодексом діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі.

У результаті прийнятих змін із санкцій деяких статей через віднесення кримінальних правопорушень, передбачених цими статтями, до кримінальних проступків було виключено покарання у виді позбавлення волі. Йдеться про ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 1 ст. 350 КК.

У зв'язку із цим постало логічне запитання про зворотну дію кримінального закону в часі та перегляд покарання тим особам, яким за вчинення злочинів, передбачених цими статтями, було призначено покарання у виді позбавлення волі. Так, відповідно до ч. 1 ст. 5 КК закон про кримінальну відпо-

відальність, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. Отже, Закон, яким було виключено з ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 1 ст. 350 КК покарання у виді позбавлення волі, є таким, що пом'якшує кримінальну відповідальність особи, а тому має зворотну дію в часі.

Чинне кримінальне процесуальне законодавство передбачає порядок звернення до суду для вирішення цього питання. Так, відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 539 КПК питання, які виникають під час та після виконання вироку, вирішуються судом за клопотанням (поданням) прокурора, засудженого, його захисника, законного представника, органу або установи виконання покарань, а також інших осіб, установ або органів у випадках, встановлених законом. Під час виконання вироків суд, визначений ч. 2 ст. 539 КПК, має право вирішувати такі питання: про пом'якшення покарання у випадках, передбачених частинами 2 і 3 ст. 74 КК (п. 13 ч. 1 ст. 537 КПК).

Отже, цілком логічно, що до судів першої інстанції почали надходити клопотання від засуджених та інших осіб, в яких ставиться питання про перегляд призначених покарань у виді позбавлення волі.

У зв'язку із цим постало питання про заміну покарання у виді позбавлення волі на інший вид покарання, передбачений ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 1 ст. 350 КК. Для врегулювання подібного роду питань КК містить ч. 3 ст. 74, відповідно до якої призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону. У разі якщо така межа передбачає більш м'який вид покарання, відбуте засудженням покарання зраховується з перерахуванням за правилами, встановленими ч. 1 ст. 72 цього Кодексу.

Здавалось, що механізм передбачений і судам лише необхідно застосувати його на практиці під час розгляду конкретних клопотань. Однак ретельний аналіз можливих варіантів застосування ч. 3 ст. 74 КК дозволяє зробити висновок, що все не так однозначно.

Для прикладу візьмемо конкретну ситуацію, коли особі, визнаній винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, було призначено покарання у виді двох років позбавлення волі, які належить відбувати реально. Розглядаючи клопотання такого

засудженого, суд, виходячи з положень ч. 3 ст. 74 КК, має:

- спочатку призначене відповідній особі покарання у виді позбавлення волі пом'якшити шляхом заміни цього покарання на покарання у виді обмеження волі строком на 3 роки. При цьому, враховуючи вимоги ч. 3 ст. 5 КК, суд має виходити із верхньої межі покарання у виді обмеження волі, передбаченої ч. 1 ст. 309 КК у попередній, а не чинній редакції, оскільки Закон, виключивши з цієї частини покарання у виді позбавлення волі, частково пом'якшив кримінальну відповідальність, а збільшивши верхню межу покарання у виді обмеження волі з трьох до п'яти років, частково посилив кримінальну відповідальність¹;

- потім відбуте покарання у виді позбавлення волі суд має зарахувати в строк нового покарання з розрахунку один день позбавлення волі за два дні обмеження волі.

Отже, якщо особа на момент розгляду клопотання в суді з двох років позбавлення волі, які їй було призначено вироком суду, відбула півтора роки позбавлення волі, суд замінює їй покарання у виді двох років позбавлення волі покарання у виді трьох років обмеження волі. З урахуванням вимог ч. 1 ст. 72 КК (один день позбавлення волі за два дні обмеження волі) перераховує відбуту частину покарання у покарання у виді обмеження волі та постановляє звільнити засуджену особу від подальшого відбування покарання як таку, що повністю відбула призначене їй покарання.

Як можна бачити, в цьому та подібних випадках буквально застосування ч. 3 ст. 74 КК буде спрямоване на реальне пом'якшення призначеного засудженим покарання.

Втім, можливі й інші ситуації. Так, якщо особу було засуджено до одного року позбавлення волі і на момент розгляду її клопотання у суді вона відбула десять місяців позбавлення волі або інший більший термін, суд має замінити їй покарання у виді одного року позбавлення волі на покарання у виді трьох років обмеження волі. З урахуванням вимог ч. 1 ст. 72 КК (один день позбавлення волі за два дні обмеження волі) після подальшого зарахування фактично відбутого покарання у виді позбавлення волі особі замість двох місяців позбавлення волі, які вона ще не

вдбула, має бути призначено 1 рік 4 місяці обмеження волі.

Так, районний суд за клопотанням засудженого за ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186, ч. 1 ст. 309 КК змінив призначене за ч. 1 ст. 309 КК покарання у виді одного року позбавлення волі покаранням у виді трьох років обмеження волі [7].

Отже, навіть неозброєним оком видно, що в ряді випадків у разі застосування положень ч. 3 ст. 74 КК відбувається не пом'якшення покарання, а непропорційне збільшення покарання, адже в кінцевому підсумку строк остаточно призначеного покарання у виді обмеження волі значно перевищує строк невідбутої частини покарання у виді позбавлення волі.

Звісно, не можна ототожнювати покарання у виді позбавлення волі на певний строк та покарання у виді обмеження волі. Так, покарання у виді позбавлення волі полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу (ч. 1 ст. 63 КК). При цьому варто наголосити на тому, що засуджені до позбавлення волі за вчинення злочинів невеликої тяжкості відбувають покарання у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання та у виправних колоніях мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання (ч. 2 ст. 18 Кримінально-виконавчого кодексу України). У свою чергу покарання у виді обмеження волі полягає у триманні особи в кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства, в умовах здійснення за нею нагляду, з обов'язковим залученням засудженого до праці (ч. 1 ст. 61 КК).

Безперечно, режим відбування покарання у виді обмеження волі є легшим, ніж режим відбування покарання у виді позбавлення волі. Однак обидва ці покарання пов'язані із суттєвим обмеженням свободи людини.

У ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 1 ст. 350 КК було не просто знижено максимальну межу покарання в виді позбавлення волі (як це, наприклад, відбулось в ч. 2 ст. 309 КК, в результаті чого необхідно зменшити покарання всім, у кого вже призначено покарання перевищує три роки позбавлення волі), а взагалі було виключено найбільш суворий вид покарання. Тому в цій ситуації автоматична заміна призначеного покарання у виді позбавлення волі незалежно від строку призначеного покарання на максимальний строк покарання у виді обмеження волі нівелює принцип індивідуалізації покарання. Виходить, що три роки обмеження волі має бути призначено: як особам, яким було призначено один

¹ Ця позиція підтримується не всіма. Так, ухвалою Солонянського районного суду Дніпропетровської області на підставі клопотання начальника виправної колонії покарання у виді трьох років позбавлення волі, призначене засудженому за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, було замінено на покарання у виді п'яти років обмеження волі [5].

рік позбавлення волі, так і особам, яким було призначено три роки позбавлення волі; як особам, яким залишилось відбутися один місяць позбавлення волі, так і особам, яким залишилось відбутися один рік позбавлення волі.

Відчуваючи, що буквально застосування ч. 3 ст. 74 КК не завжди спрямоване на пом'якшення кримінальної відповідальності засуджених осіб, суди по-різному підходять до заміни покарання у виді позбавлення волі на покарання у виді обмеження волі.

Так, районний сектор Державної установи «Центр пробації» звернувся до суду з поданням про приведення вироку у відповідність до вимог Закону в частині вирішення питання про зниження покарання до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового Закону або пом'якшення призначеного покарання. Проаналізувавши положення ст. 5, ч. 3 ст. 74, пп. «б» п.1 ч.1, ч. 6 ст. 72 КК, суд зазначив, що призначене вироком районного суду покарання ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 309 КК перевищує санкцію статті після набрання чинності Закону. Тому суд вважає за необхідне раніше призначити покарання в один рік позбавлення волі замістити на два роки обмеження волі і таким чином привести вказаний вирок у відповідність до чинного законодавства [3].

Як можна бачити, суд відступив від буквального застосування ч. 3 ст. 74 КК та здійснив пом'якшення покарання шляхом заміни позбавлення волі на обмеження волі, застосувавши встановлені в ч. 1 ст. 72 КК правила співвідношення видів покарань. Такий підхід видається справедливим з точки зору пропорційного співвідношення строків раніше призначеного позбавлення волі та обмеження волі, що було призначено при пом'якшенні покарання. Але цей підхід повністю нівелює вимоги ч. 3 ст. 74 КК, яка прямо регулює питання пом'якшення покарань у разі зміни санкції статті. До того ж ст. 72 КК регулює правила складання покарань, за яких більш м'яке покарання перераховується у більш суворе покарання, а не навпаки.

В іншому випадку суд за клопотанням начальника виправної колонії замінив ОСОБА_1, засуджений за ч. 1 ст. 185 КК, покарання у виді одного року шести місяців позбавлення волі покаранням у виді трьох років обмеження волі [6]. Пом'якшуючи покарання, суд, з одного боку, не застосував верхню межу покарання у виді обмеження волі (як цього вимагає ч. 3 ст. 74 КК), а з іншого боку, повною мірою не застосував правила складання покарань, передбачені ч. 1 ст. 72 КК.

У свою чергу Комінтернівський районний суд м. Харкова замість покарання у виді

одного року позбавлення волі, призначеного ОСОБА_1 за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 185 КК, призначив покарання у виді штрафу в розмірі 50 НМДГ [4]. У цьому випадку суд не застосував покарання у виді обмеження волі, оскільки цей вид покарання не було передбачено санкцією ч. 1 ст. 185 КК у попередній редакції, а отже, в цій частині кримінальний закон не має зворотної дії в часі.

Наявні в судовій практиці різні підходи, з одного боку, спрямовані на захист прав засуджених осіб, а з іншого боку, не сприяють забезпеченню єдності судової практики. Отже, існує нагальна потреба розроблення єдиного підходу щодо вирішення цієї ситуації.

Висновки.

З метою додержання принципів справедливості та недискримінації як складників верховенства права, а також забезпечення принципу індивідуалізації покарання пропонуються такі підходи до вирішення питання про пом'якшення покарання на підставі ч. 3 ст. 74 КК:

1) заміна покарання у виді позбавлення волі на покарання у виді обмеження волі в ситуації, коли законодавець виключив із санкції статті покарання у виді позбавлення волі, має відбуватися зі збереженням раніше визначеного судом розміру покарання, з якого має бути відраховано відбуту частину покарання, що було замінено за правилами, передбаченими ч. 1 ст. 72 КК;

2) у разі заміни покарання у виді позбавлення волі на покарання у виді обмеження волі слід застосовувати кримінальний закон у частині, що пом'якшує покарання. Наприклад, якщо санкція ч. 1 ст. 309 КК у попередній редакції передбачала обмеженням волі на строк до трьох років, а санкція цієї частини в редакції Закону передбачає обмеженням волі на строк до п'яти років, то в такому випадку особі не може бути призначено більше трьох років обмеження волі;

3) у разі заміни покарання у виді позбавлення волі не слід застосовувати покарання у виді обмеження волі, якщо цей вид покарання не було передбачено санкцією статті у попередній редакції. Наприклад, якщо санкція ч. 1 ст. 185 КК не передбачала покарання у виді обмеження волі, то, замінюючи покарання у виді позбавлення волі, слід застосовувати не обмеження волі, а інше, менш суворе, покарання, яким у даному випадку є арешт на строк до шести місяців.

Список використаних джерел:

1. Волинець Р.А. Казначейські злочини та казначейські проступки проти валютного

обігу за карним казначейським кодексом Республіки Польща. *Wspolpraca Europejska. European Cooperation Scientific Approaches and Applied Technologies*. 2015. № 5 (12). С. 120–127.

2. Волинець Р.А. Кримінальні правопорушення, що посягають на фондовий ринок: кримінальні проступки чи злочини. *Актуальні проблеми держави і права*. 2018. Вип. 80. С. 27–35.

3. Ухвала Володарського районного суду Київської області від 25.09.2020 р. у справі № 364/15/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91788350> (дата звернення: 28.09.2020).

4. Ухвала Комінтернівського районного суду м. Харкова від 25.09.2020 р. у справі № 641/9124/19 / Єдиний державний реєстр

судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91794332> (дата звернення: 28.09.2020).

5. Ухвала Солонянського районного суду Дніпропетровської області від 25.09.2020 р. у справі № 192/1549/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91781615> (дата звернення: 28.09.2020).

6. Ухвала Солонянського районного суду Дніпропетровської області від 25.09.2020 р. у справі № 192/1548/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91781617> (дата звернення: 28.09.2020).

7. Ухвала Оріхівського районного суду Запорізької області від 25.09.2020 р. у справі № 323/1985/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91795693> (дата звернення: 27.09.2020).

Ruslan Volynets. Mitigation of a sentence due to the entering into force of the law on criminal infractions

On July 1, 2020 the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning Simplification of Pre-Trial Investigation of Certain Categories of Criminal Offenses” came into force. It significantly amended the Criminal Code of Ukraine and introduced the institute of “criminal offenses”. As a result of such changes, such punishment as imprisonment was excluded from the sanctions of some articles, in particular part 1 of Art. 185, part 1 of Art. 309, part 1 of Art. 350 of the Criminal Code of Ukraine.

The logical question appears concerning the retroactive effect of the criminal law and the revision of the punishment of those convicts, who were sentenced to imprisonment before that date for committing the crimes, which were envisaged by the above mentioned articles. In order to resolve such type of problems, the Criminal Code of Ukraine contains part 3 of Art. 74, which envisages that the measure of punishment imposed to such convicts, should not exceed the sanction, which is envisaged by the new law. So, it is reduced to the maximum limit of punishment established by the sanction of the new law. If such limit provides for the milder type of punishment, the sentence should be changed according to the part 1 of Art. 72 of the Criminal Code of Ukraine.

It seemed that the relevant mechanism was provided for the courts, which only needed to apply it in practice after receiving the relevant lawsuits. However, the diligent analysis of possible application of the provisions of part 3 of Art. 74 of the Criminal Code of Ukraine provides us with the conclusion that not everything is so unambiguous. In some cases, when applying the provisions of part 3 of Art. 74 of the Criminal Code of Ukraine, it would be not the punishment mitigation, but its disproportionate increase, because ultimately the term of the final sentence in the form of restraint of liberty significantly exceeds the term of the unexecuted part of the sentence in the form of imprisonment.

It is considered in the article, that the automatic replacement of the sentence in the form of imprisonment by the maximum term of imprisonment, regardless of the term of the sentence, eliminates the principle of individualization of punishment. It turns out that three years of restraint of liberty should be imposed to the persons, who were sentenced to one year of imprisonment, and to the persons, who were sentenced to three years of imprisonment, as well as to the persons, who have only one month of imprisonment left, and to the persons, who have one year of imprisonment left to serve.

In order to follow the principles of justice and non-discrimination, which are the components of the rule of law, as well as to ensure the principle of individualization of punishment, the replacement of imprisonment by the restraint of liberty (as the legislator excluded imprisonment from the sanctions of some articles) should take place with preservation of the sentence term, which was previously determined by the court.

Key words: sentencing, mitigation of punishment, replacement of punishment with mild pain, criminal offenses, imprisonment, restriction of liberty.