

МІЖДИСЦИПЛІНАРНИЙ ІНСТИТУТ «ПРОБАЦІЇ»: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Меркулова В. О., Домброван Н. В.

Чинне кримінальне законодавство не містить визначення поняття «пробація». Проте дана категорія використовується неодноразово у словосполученнях щодо назви органів, які мають реалізовувати даний інститут. Зарубіжний законодавчий та правозастосовний досвід, перші кроки запровадження пробації в Україні надають вченим достатні підстави вважати пробацію комплексним та доволі складним міждисциплінарним інститутом. Значна розгалуженість правових норм, які мають відношення до правового регулювання та реалізації «пробації», зокрема щодо визначення змістовних ознак даного інституту, його підвидів, визначення назви органів, які мають реалізовувати «пробацію», основних спрямувань їхньої діяльності тощо - зумовлює необхідність дослідження рівня їх співвідношення та узгодження, доцільних підходів щодо досягнення єдиного тлумачення у правозастосуванні. Той факт, що більшість визначень знаходиться поза сферою матеріальної галузі права - кримінального права, що є невиправданним, зумовлює необхідність пошуку усунення даної проблеми.

Особливістю даного дослідження є те, що воно побудовано практично на підставі системно-правового та порівняльно-правового аналізу чинних положень кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого законодавства та змісту Закону «Про пробацію». Використовуючи даний методологічний підхід, маємо дійти певних висновків щодо наявності суперечностей та недосконалості чинного законодавства та визначитися з подальшими перспективами розвитку розглядуваного інституту. На тлі відсутності в чинному кримінальному законодавстві визначення поняття пробації, використання різних назв щодо органів пробації, різних визначень щодо практично тотожних спрямувань - посилюється значення комплексного системно-правового аналізу різних галузей права та відповідних спеціальних законодавчих актів. Тож актуальності набувають питання визначення змісту, сутності, співвідношення тих понять та категорій (як матеріального, так і процесуального характеру), що мають становити основу

правового регулювання в реалізації цього доволі нового соціально-правового інституту.

Ключові слова: кодекс, закон, пробація, законодавство, орган пробації, покарання, нагляд, контроль.

Merkulova V. O., Dombrovan N. V. Interdisciplinary Probation Institute: current problems of the legislation of Ukraine

The current criminal legislation does not contain a definition of the term "Probation". However, this category is used repeatedly in phrases regarding the name of the bodies that should implement this institute. Foreign legislative and law enforcement experience, the first steps of the introduction of probation in Ukraine provide scientists with sufficient grounds to consider probation as a complex and rather complex interdisciplinary institution. The significant branching of legal norms that are related to the legal regulation and implementation of "Probation", in particular regarding the definition of meaningful features of this institute, its subtypes, the definition of the name of the bodies that must implement "Probation", the main directions of their activity, etc., make it necessary to study the level their correlation and coordination, appropriate approaches to achieving a unified interpretation in law enforcement. The fact that most of the definitions are outside the scope of the substantive field of law - criminal law, which is unjustified - makes it necessary to find a solution to this problem.

The peculiarity of this study is that it is built practically on the basis of a systematic legal and comparative legal analysis of the current provisions of criminal, criminal procedural, criminal executive legislation and the content of the Law "On Probation". Using this methodological approach, we must come to certain conclusions regarding the presence of contradictions and imperfections in the current legislation and decide on further prospects for the development of the institution under consideration. Against the background of the absence of a definition of the concept of probation in the current criminal legislation, the use of different names for probation bodies, different definitions for practically identical directions - the importance of a complex systemic legal analysis of various branches of law and relevant special legislative acts is strengthened. Therefore, the issue of determining the content, essence, and relationship of those concepts and categories (both material

and procedural in nature) that should form the basis of legal regulation in the implementation of this relatively new socio-legal institution is gaining relevance.

Key words: code, law, probation, legislation, probation body, punishment, supervision, control.

Актуальність проблеми. Євроінтеграційні процеси, наближення вітчизняного кримінального законодавства до міжнародних стандартів, застосування інноваційних підходів зумовлюють інтенсивне виникнення в законодавстві України нових інститутів, понять, категорій. Такою категорією є «пробація». Зарубіжний законодавчий та правозастосовний досвід, перші кроки запровадження пробації в Україні надають вченим достатні підстави вважати пробацію комплексним та доволі складним міждисциплінарним інститутом. **Міждисциплінарний характер** інституту «пробації» зумовлюється, по-перше, тим, що зрозуміти його сутність, основи функціонування є можливим лише на підставі положень трьох галузей права - кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого, які складають спеціальну правову основу пробації та діяльності органів пробації. По-друге, тому що значно посилилося значення його процесуальної складової частини, оскільки все, що стосується забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого, задля прийняття судом рішення про мінімально необхідну та достатню міру відповідальності та покарання (досудова доповідь, досудова пробація), є предметом регулювання лише процесуальної галузі права. По-третє, зрозуміти сутність, основні характерні ознаки як пробації, так і її підвидів, спрямування даного інституту ми можемо лише на підставі системно-правового порівняльного аналізу зазначених галузей права та Закону «Про пробацію». Тож актуальності набувають питання визначення змісту, сутності, співвідношення тих понять та категорій (як матеріального, так і процесуального характеру), що мають становити основу правового регулювання в реалізації цього доволі нового соціально-правового інституту.

Постановка проблеми. Значна розгалуженість правових норм, які мають відношення до правового регулювання та реалізації «пробації», зокрема щодо визначення змістовних ознак даного інституту, його підвидів, визначення назви органів, які мають реалізовувати «пробацію», основних спрямувань їхньої діяльності тощо - зумовлює необхідність дослідження рівня їх співвідношення та узгодження, доцільних підходів щодо досягнення

Протидія злочинності: проблеми практики та науково-методичне забезпечення

єдиного тлумачення у правозастосуванні. Той факт, що більшість визначень знаходиться поза сферою матеріальної галузі права - кримінального права, що є невинуватим, зумовлює необхідність пошуку усунення даної проблеми.

Особливістю даного дослідження є те, що воно побудовано практично на підставі системно-правового та порівняльно-правового аналізу чинних положень кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого законодавства та змісту Закону «Про пробацію». Використовуючи даний методологічний підхід, маємо дійти певних висновків щодо наявності суперечностей та недосконалості чинного законодавства та визначитися із подальшими перспективами розвитку розглянутого інституту.

Основний зміст

Чинне кримінальне законодавство не містить визначення поняття «пробація». Проте дана категорія використовується неодноразово у словосполученнях щодо назви органів, які мають реалізовувати даний інститут (уповноважений орган з питань пробації, орган пробації), та певного виду програм соціально-виховного впливу - пробаційні програми (ст. ст. 76, 79, 83, 91-1КК).

Подібна ситуація спостерігається і в кримінально-виконавчому законодавстві. У загальних положеннях цієї галузі права в декількох випадках використовується безпосередньо категорія «пробація»: під час визначення переліку основних засобів виправлення та ресоціалізації засуджених (ст. 6 КВК); коли йдеться про основні права та обов'язки засуджених, до яких судом застосовано «пробацію» (ч. 7 ст. 8, ч. 3 ст. 9 КВК). Проте зміст сутнісних ознак не розкривається.

Визначення поняття пробації міститься лише у Законі України «Про пробацію». Зокрема, йдеться про те, що пробація - система 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, та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого. Як на нашу думку, дане визначення є недосконалим, оскільки не є відтворенням правової сутності інституту як такого, а отже, його сутнісних ознак. Дана дефініція скоріше є відтворенням сукупності основних спрямувань (завдань) пробації.

Проте навіть за такої редакції та зазначеного підходу маємо звернути увагу на певну недосконалість даного визначення. По-перше, визначається лише два спрямування, які складають зміст

Протидія злочинності: проблеми практики та науково-методичне забезпечення

пробації: комплекс заходів щодо осіб, які відбувають покарання, не пов'язані з позбавленням волі, та підготовка досудової інформації щодо обвинувачених. Отже, практично не визначений напрям реалізації інституту випробування - контроль та нагляд за дотриманням обов'язків особами, яких звільнено на підставі ст. 75-79 КК. По-друге, маємо розуміти, що пробація охоплює і процес виконання альтернативних позбавленням волі покарань, що суперечить окремим положенням кримінально-виконавчого законодавства (ст. 11 КВК), в якому функції виконання альтернативних покарань та пробації розглядаються окремо (про що більш конкретно нижче).

Як уже зазначалося вище, у чинному кримінальному законодавстві використовуються різні назви органів, які мають відношення до реалізації пробації. Так, цей інститут ми маємо розглядати на рівні сутності функціонального спрямування уповноваженого органу з питань пробації, який має здійснювати «нагляд» за особами, звільненими від відбування покарання з випробуванням, жінками, які мають дитину віком до трьох років, звільненими від подальшого відбування покарання у вигляді позбавлення волі (ст. ст. 76, 79, 83 КК). Проте коли йдеться про «контроль» за особами, до яких, у разі вчинення домашнього насильства, застосовуються обмежувальні заходи, - вже використовується словосполучення «орган пробації» (ч. 4 ст. 91-1).

У чинному кримінально-процесуальному законодавстві спостерігається аналогічна ситуація щодо паралельного використання як словосполучення «орган пробації» (коли йдеться про обов'язок представника персоналу органу пробації на підставі ухвали суду складати досудову доповідь - ст. 72-1 КПК), так «уповноважений орган з питань пробації» (коли йдеться про регламентацію кримінально-процесуального порядку складання досудової доповіді - ст. 314-1 КПК).

У кримінально-виконавчому законі використовується лише словосполучення «уповноважений орган з питань пробації». Позитивним моментом є те, що законодавець у даному випадку надає автентичне тлумачення цього словосполучення. Уповноважений орган з питань пробації визначений як вид органу виконавчої влади, що реалізує державну політику в сфері виконання покарань та пробації (ч. 1 ст. 11 КВК). Звертає на себе увагу той факт, що за ознаками даного визначення пробація виокремлюється (відмежовується) від процесу виконання покарань, що суперечить положенням Закону «Про пробацію». В останньому саме вико-

нання певних видів кримінальних покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, становить одну з ознак пробації.

Якщо ж продовжити аналіз стану використання в правових положеннях назви відповідного органу, то маємо зазначити, що в Законі України «Про пробацію» законодавець пропонує використовувати щодо центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері пробації, лише назву «орган пробації». Тож постає питання співвідношення даного визначення із кримінальним та кримінально-виконавчим законодавством.

Наступною проблемою, яка заслуговує на нашу увагу, є визначення сутності та співвідношення таких категорій, як «нагляд» та «контроль», що є одними із головних складових частин функціонального спрямування органів пробації. У чинному кримінальному законодавстві щодо функцій уповноважених органів з питань пробації по відношенню до осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, жінок, звільнених від подальшого відбування покарання у вигляді позбавлення волі на підставі наявності дитини віком до трьох років, (ст. ст. 76, 79, 83 КК) - використовується категорія «нагляд». Щодо функціонального спрямування органу пробації по відношенню до осіб, до яких, у разі вчинення домашнього насильства, застосовуються обмежувальні заходи (ч. 4 ст. 91-1), йдеться вже про «контроль».

Аналогічна ситуація спостерігається і в кримінально-виконавчому законодавстві. Так, у змісті положень статей 31, 36 та 41 КВК, в яких визначається зміст роз'яснювально-облікової та контрольної-профілактичної діяльності уповноваженого органу з питань пробації щодо виконання покарань у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт - використовується термін «контроль». Проте у змісті ст.ст. 163, 164, 166 КВК, які регулюють виконавчі аспекти реалізації звільнення від відбування покарання з випробуванням, вже йдеться про «нагляд», відповідно, про роз'яснювально-облікові, наглядово-профілактичні заходи уповноваженого органу з питань пробації щодо звільнених осіб.

Такий підхід законодавця у використанні зазначених категорій не дозволяє визначитися із чинниками, які зумовлюють використання в одному випадку «нагляду», а в іншому - «контролю». Не вирішує цю проблему і зміст Закону України «Про пробацію». У статті 2 «Визначення термінів» надається лише дефініція «нагляду» як заходів, що здійснюються органом пробації за місцем

проживання, роботи та навчання засуджених із метою дотримання обов'язків, визначених законом та покладених на них судом. Таке визначення у широкому розумінні може охоплювати реалізацію усіх заходів, про які йдеться у ст. ст. 76, 79, 83, 91-1КК. Проте у кримінальному законодавстві поряд із «наглядом» використовується і «контроль». Але у спеціальному законі нічого не говориться про сутність «контролю» як категорії, яка в більшості випадків використовується у чинному кримінальному та кримінально-виконавчому законодавстві.

Навіть більше. У ст. 10 Закону України «Про пробацію» виокремлюється поняття «наглядової пробації» - здійснення наглядових та соціально-виховних заходів щодо засуджених до покарань у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт, звільнених від відбування покарання з випробуванням тощо. Ураховуючи те, що в чинному законодавстві доволі часто використовується категорія «контроль», є незрозумілим саме таке визначення даного поняття. Адже «нагляд» та «контроль» є не тотожними поняттями. Сутність кожного з них є різною: контроль - це, насамперед, перевірка певного стану, явища на підставі окремих якісних, характерних чи кількісних показників. І нагляд, як певний вид спостереження, є лише засобом цієї перевірки. Отже, дане визначення та ознаки «наглядової пробації» не відповідають ані кримінально-правовим, ані кримінально-виконавчим положенням, де в більшості випадків використовується поняття «контроль», ані змісту безпосередніх функцій органу пробації. Тож скоріше більш правильним буде визначення саме виду «контрольної пробації» або ж «контрольно-наглядової». Відповідно, і в чинному законодавстві доцільніше визначати дані категорії через кому: «Контроль та нагляд за засудженими...» (і далі за текстом).

Не містить матеріальна галузь права - кримінальне право - і визначення сутнісних ознак такого словосполучення, як «пробаційні програми», які розглядаються як один із видів обов'язкових заходів, що покладаються судом на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, так і один із обмежувальних заходів, що застосовуються до осіб, що вчинили домашнє насильство (п.4 ч. 3 ст. 76, п.5 ч. 1 ст. 91-1КК), що ускладнює їхнє розуміння та єдине тлумачення.

Законодавець, надаючи визначення в Законі України «Про пробацію» поняття «пробаційної програми» як такої програми, що призначається

за рішенням суду особі, звільненій від відбування покарання з випробуванням, та передбачає комплекс заходів, спрямованих на корекцію соціальної поведінки або її окремих проявів, формування сприятливих змін особистості, - вирішує завдання лише частково. Адже дане визначення не охоплює пробаційні програми для кривдників як вид обмежувальних заходів, що застосовуються до осіб, що вчинили домашнє насильство, відповідно до КК.

На нашу увагу заслуговують окремі аспекти недосконалості чинного вітчизняного законодавства (зокрема, Закону України «Про пробацію») в частині визначення таких понять, як «суб'єкти пробації» та «пенітенціарна пробація».

Так, законодавча пропозиція розглядати в ролі «суб'єктів пробації» засуджених, щодо яких за рішенням суду та відповідно до закону застосовуються наглядові, соціально-виховні заходи, обвинувачених, щодо яких органом пробації готується досудова доповідь (п. 8 ч. 1 ст. 2 Закону), - не відповідає розумінню сутності та кола суб'єктів будь-якого процесу (в даному випадку реалізації пробаційних заходів). Це завжди двосторонній взаємозв'язок між персоналом органів пробації та обвинуваченими, засудженими тощо. Тож якщо йдеться лише про засуджених та обвинувачених, більш доцільним було б словосполучення «суб'єкти впливу пробації», «суб'єкти впливу пробаційних заходів»).

Виникають підстави і для певних міркувань із приводу визначення назви та змістовних ознак підвиду пробації - «пенітенціарної пробації», яка (відповідно до положень ст. 11 Закону) полягає у підготовці осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення з метою трудового та побутового влаштування таких осіб після звільнення за обраним ними місцем проживання. Співставлення сутності обраного терміна та змісту конкретних дій служби пробації, які мають охоплюватися ним, свідчать про недосконалість даного поняття. Слід зазначити, що в Україні з 90-х років попереднього століття до сьогодні не вщухає дискусія щодо розуміння поняття «пенітенціарна політика», «пенітенціарні заклади», в який спосіб мають змінитися система виконання покарань та функціонування закритих закладів із виконання покарання у вигляді позбавлення волі тощо. Проте якщо керуватися тим, що термін «пенітенціарний» (від лат. *penitentiarus*) означає каяття, виправлення, то і по відношенню до політики виконання покарання термін «пенітенціарна політика» - це її спрямування на досягнення пока-

яння засудженої особи. А отже, орієнтація органів та установ із виконання покарання на створення умов для каяття засудженої особи, посилення уваги до самого процесу досягнення каяття, на визначення дієвого інструментарію (механізму, засобів) досягнення каяття в більш оптимальні терміни, належне ставлення до такого стимулюючого кримінально-виконавчого інституту, як прогресивна система виконання (відбування) покарання тощо. Тож у даному випадку ми маємо на увазі увесь комплексний процес, спрямований на реалізацію законних прав та інтересів засудженої особи на її шляху до виправлення та ресоціалізації, де виправлення є основою для ресоціалізації. А не лише окремі конкретні дії, які зазвичай здійснюються на завершальній стадії відбування покарання. До того ж, якщо керуватися визначенням у кримінально-виконавчому кодексі поняття «ресоціалізація» як поновлення особи в соціальному статусі повноправного члена суспільства, повернення його до загальноприйнятого соціально-нормативного життя у суспільстві (ст. 6 КВК), то маємо визнати, що визначення розглядуваного виду пробації як «ресоціалізаційна пробація» є більш точним.

Підсумовуючи зазначене, маємо підкреслити таке. На тлі відсутності в чинному кримінальному законодавстві (матеріальній галузі права) визначення поняття пробації, використання різних назв щодо органів пробації, різних визначень щодо практично тотожних спрямувань діяльності цих органів (в одних випадках нагляд, в інших - контроль), відсутність змістовних ознак заходів, що охоплюються пробаційною програмою тощо - посилюється значення комплексного системно-правового аналізу різних галузей права та відповідних спеціальних законодавчих актів.

З одного боку, лише комплексне сприйняття та тлумачення правових положень, понять (категорій), які використовуються в зазначених вище галузях права та Законі «Про пробацію», може забезпечити функціонування розглядуваного нового соціально-правового інституту «Пробації» на різних стадіях кримінального правосуддя. Проте, з іншого боку, наявність між ними значних суперечностей, нечіткості та неузгодженості суттєво впливатиме на дієвість (якість) даного процесу. Адже загальновизнаним є те, що наявність зазначеної розбіжності в термінологічному апараті не може сприяти ефективному правозастосуванню.

Наявність спеціального закону «Про пробацію», що дозволяє (на відміну від Криміналь-

ного, Кримінально-процесуального та Кримінально-виконавчих кодексів) визначитися як із сутнісними ознаками самого поняття «пробація», так і специфічними характеристиками різновидів даного міждисциплінарного інституту, доцільною назвою органу, який має реалізовувати відповідний напрям державної виконавчої політики тощо, - вирішує зазначені проблеми лише частково. Оскільки основою у правовому регулюванні розглядуваного інституту мають стати все ж таки зазначені галузі права, насамперед - кримінальне право. Що підтверджується змістом запропонованого проекту Кримінального кодексу.

Проте головним у даному випадку має стати більш поглиблене дослідження змісту та сутності матеріальних ознак розглядуваних категорій, процедурних (процесуальних) та виконавчих положень, вивчення міжнародно-правових стандартів та позитивного законодавчого досвіду інших країн світу з метою розробки уніфікованих правових положень, виключення розбіжностей та суперечностей у чинному вітчизняному законодавстві.

Література

1. Гритенко О.А. Прогресивна система виконання та відбування покарання у вигляді позбавлення волі: теоретичні та правові аспекти : монографія. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020. 400 с. С. 20-24.
2. Закон України «Про пробацію»: зі змінами, внесеними Законом № 1798 - VIII від 21.12. 2016 р. *Відомості Верховної ради*. 2018. № 3-4. Ст. 26.
3. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповн. станом на 1 травня 2021 р. Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2021. 300 с. С. 44-49, 54, 65, 68.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство із змінами та доповн. на 01 вересня 2019 р. Офіц. текст. Київ : Алерта, 2019. 324 с. С. 42, 173, 179.
5. Кримінально-виконавчий кодекс України. Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань: чинне законодавство із змінами та доповн. на 22 серпня 2019 року. Офіц. тексти. Київ : Алерта, 2019. 220 с. С. 4,7, 16-21, 88-89.
6. Меркулова В.О. Умовні види звільнення від покарання та його відбування: особливості законодавчого визначення в окремих країнах Європи. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2015. № 1. С. 129-132.
7. Меркулова В.О. Інститут випробування: міжнародні тенденції та проблеми чинного кримінально-виконавчого законодавства. *Кримінально-виконавча політика України та Європейського союзу:*

розвиток та інтеграція : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 27 листопада 2015 р.). Київ : Ін-т крим-викон. служби, 2015. С. 60-64.

8. Меркулова В.О. Гритенко О.А. Міждисциплінарні категорії «примирення», «медіація», «пробація», «реституція»: теоретичні та законодавчі проблеми розмежування. *Challenges and prospects for the development of legal systems in Ukraine and eu countries: comparative analysis/ Collective monograph. Volume 1.* Wloclawek, Poland, 2019. С. 219-237.

9. Пазиніч В.І., Мельниченко М.П. Перспективи впровадження й розвитку пробації в Україні. *Сучасна наука - пенітенціарній практиці: зб. матеріалів II Міжнар. прак. конф. (Київ, 4 грудня 2014.)* / за ред. В.П. Тихого, Є.Ю. Бараша. Київ : Ін-т крим. викон. служби; Київський регіон. Центр НАПРН України, 2014. 434 с. С. 283-286.

10. Проект Кримінального кодексу України. Контрольний текст. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/01/18/kontrolnyj-projekt-kk-18-01-2022.pdf> (дата звернення: 02.02.2022).

Меркулова В. О.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального права
та кримінології
Одеського державного університету
внутрішніх справ

Домброван Н. В.,
кандидат юридичних наук,
начальник відділу організації наукової роботи
Одеського державного університету
внутрішніх справ