

УДК: 343.27

ORCID: 0000-0002-0600-717X; 0000-0002-4557-9736

e-mail: brazhnik.andrey@gmail.com; starokohko7b@gmail.com

Andrii A. Brazhnyk,
Associated Professor at the Department
of Criminal Law and Criminal Law
Disciplines
(Poltava Law Institute of the Yaroslav
Mudryi National Law University)

Бражник Андрій Анатолійович,
доцент кафедри кримінального права
та кримінально-правових дисциплін
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

Olha V. Starokozhko,
second year student
(Poltava Law Institute of the Yaroslav
Mudryi National Law University)

Старокошко Ольга Володимирівна,
студентка 2 курсу
(Полтавський юридичний інститут
Національного університету імені
Ярослава Мудрого)

ОБМЕЖУВАЛЬНІ ЗАХОДИ: ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ

RESTRICTIVE MEASURES: GROUNDS FOR APPLICATION

Анотація. У статті надано визначення обмежувальних заходів до кривдника як складової частини системи спеціальних заходів щодо протидії домашньому насильству, що визначається відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», які застосовуються у межах кримінальної юрисдикції. Крім того, проводиться розмежування понять «обмежувальні заходи», «обмежувальні приписи», «терміновий заборонний припис» при тлумаченні відповідних норм. Доводиться, що обмежувальні заходи, визначені у Кримінальному кодексі України та Кримінально процесуальному кодексі України (далі - КК України та КПК України) не є тотожними через те, що мають окремі відмінності у формах прояву та підставах застосування. Встановлено підставу застосування обмежувальних заходів за ст. 91-1 КК України через аналіз її складових. Визначено, що фактична складова

підстави застосування обмежувальних заходів полягає у тому, що відповідні заходи застосовуються в інтересах потерпілого. При цьому доводиться, що думка потерпілого не є визначальною для суду, при вирішенні питання про необхідність застосування обмежувальних заходів. Запропоновано виділяти матеріально-правову підставу, яка містить два елементи, а саме: якісно-особливі кримінальні правопорушення та сукупність заходів державного реагування, які реалізуються до особи, яка вчинила відповідне посягання. У межах дослідження першого з визначених елементів матеріально-правової складової підстави застосування обмежувальних заходів доводиться помилковість використання терміну «злочин». Вказується, що поза межами правового регулювання залишаються кримінальні проступки, низка з яких може бути пов'язана з домашнім насильством. Пропонується нормативно закріпити конструкцію «кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством». В межах дослідження другого з визначених елементів матеріально-правової складової підстави застосування обмежувальних заходів здійснюється аналіз форм державного реагування у межах реалізації яких можливе застосування обмежувальних заходів, а саме: покарання, звільнення від покарання та звільнення від кримінальної відповідальності. Набуло подальшого обґрунтування те, що обмежувальні заходи можуть бути застосовані лише у випадках засудження особи до основного покарання із подальшим його відбуванням у вигляді громадських робіт, виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців. Разом із тим, зазначається, що з огляду на наявність широких меж інтерпретації зміст поняття «покарання, не пов'язаного з позбавленням волі», що використовується у ч. 1 ст. 91-1 КК України потребує уточнення шляхом вказівки на перелік тих покарань.

Ключові слова: обмежувальні заходи, обмежувальні приписи, терміновий заборонний припис, домашнє насильство, кримінальне правопорушення пов'язане із домашнім насильством.

Summary. The article defines restrictive measures against the perpetrator as part of a system of special measures to combat domestic violence, as defined in the Law of Ukraine "On Prevention and Combating Domestic Violence", which are applied within criminal jurisdiction. In addition, a distinction is made between the concepts of "restrictive measures", "restrictive regulations", "urgent prohibition order" in the interpretation of the relevant rules. It turns out that the restrictive measures defined in the Criminal Code and the CPC are not identical due to the fact that there are some differences in the forms of manifestation and grounds for application. The basis for the application of restrictive measures under Art. 91-1 of the Criminal Code through the analysis of its components. It is determined that the actual component of the grounds for the application of restrictive measures is that the relevant measures are applied in the interests of the victim. It is proved that the opinion of the victim is not decisive for the court, when deciding on the need to apply restrictive measures. It is proposed to distinguish the substantive legal basis, which contains two elements, namely: qualitative and special criminal offenses and a set of measures of state response, which are implemented to the person who committed the offense. As part of the study of the first of the identified elements of the substantive component of the basis for the application of restrictive measures, the erroneous use of the term "crime" is proved. It is pointed out that criminal offenses remain outside the scope of legal regulation, some of which may be related to domestic violence. It is proposed to normatively enshrine the structure "criminal offense related to domestic violence". Within the study of the second of the identified elements of the substantive component of the basis for the application of restrictive measures is an analysis of forms of state response within the implementation of which may apply restrictive measures, namely: punishment, release from punishment and release from criminal liability. It is concluded that restrictive measures can be applied only in cases of sentencing a person to the main punishment with its subsequent serving in the form of community service, correctional labor, service restrictions for servicemen. However, it is noted that given the wide range of interpretation, the meaning of the term "non-custodial punishment" used in Part 1 of

Art. 91-1 of the Criminal Code needs to be clarified by indicating the list of those punishments.

Key words: restrictive measures, restrictive prescriptions, urgent prohibition order, domestic violence, criminal offense related to domestic violence.

Постановка проблеми. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція) є базовим міжнародно-правовим документом, який встановлює принципи та напрямки державної політики у сфері запобігання відповідним суспільно-небезпечним проявам поведінки. Впровадження положень вказаної конвенції вітчизняним законодавцем було здійснено шляхом прийняття Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» та внесенням доповнень і змін у низку кодексів.

Разом із тим, необхідно розуміти, що задля ефективної протидії домашньому насильству має бути вироблений ефективний механізм, який складається із заходів із запобігання домашньому насильству та подолання його наслідків. Суттєву роль у цьому відіграють заходи державного примусу, що мають реалізовуватися у межах кримінальної юрисдикції, мова йде про застосування обмежувальних заходів до кривдника, які передбачені нормами КК та КПК України. Однак не дивлячись на їх існування, є низка проблем, які стоять на заваді належній реалізації профілактики у цій сфері.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Проблеми регламентації правового механізму протидії домашньому насильству досить широко висвітлюються у правовій науці. Зокрема, цим питання приділяли увагу: Дудоров О.О., Тітко І.А., Хавронюк М.І., Харитонова О.В. тощо. Крім того, питання щодо окремих складових підстав застосування обмежувальних заходів висвітлюються у працях таких науковців як: Вознюк А.А., Бараш Є.Ю., Мельник М.І., Жук І.В., Грищук В.К. Разом із тим,

низка питань в межах дослідження вказаної проблематики потребують подальшого детального уточнення і аналізу.

Метою дослідження є здійснення системного аналізу обмежувальних заходів кримінально-правового характеру, передбачених ст. 91-1 КК України, встановлення їх місця у системі заходів щодо протидії домашньому насильству, визначення змісту підстав застосування та формулювання на підставі проведеного аналізу пропозицій щодо вдосконалення законодавства у сфері протидії домашньому насильству та практики його застосування.

Виклад основного матеріалу. У грудні 2017 року в Україні було прийнято низку законів, що спрямовані на запобігання спорідненим формам агресивної поведінки, а саме гендерному та сімейному насильству. Таким чином, Україна стала на шлях нормативного впровадження європейських стандартів протидії вказаним суспільно-небезпечним явищам, що містяться у Стамбульській Конвенції, яку було підписано ще 07.11.2011 р., але досі не ратифіковано нашою Державою.

Попри вагомість вказаних законодавчих кроків, у сфері запобігання і протидії домашньому та гендерному насильству залишаються невирішені проблеми, окремі з яких пов'язані з наявністю у вітчизняному законодавстві термінологічного «сумбуру» та неузгодженістю нормативного регулювання механізму захисту жертв домашнього насильства.

Норми окремих галузей права, які регулюють сферу протидії домашньому насильству, як то кримінального, адміністративного та цивільного, мають певні термінологічні особливості та відмінну процедуру застосування заходів у цій сфері.

Неузгодженість тематичної термінології заходів впливу у Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 07.12.2017 року № 2229-VIII, Цивільний процесуальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України, Кримінальний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення України (далі - ЦПК України, КПК

України, КК України, КУпАП) норми яких спрямовані на реалізацію Стамбульської Конвенції в національному законодавстві, зумовлює потребу у їхньому розмежуванні. При цьому наявність усіх цих заходів має на меті захист постраждалої від домашнього насильства особи від дій кривдника, з метою запобігти будь-яким проявам чи повторенням насильницьких дій.

На сьогодні має місце різна галузева приналежність заходів тимчасового обмеження прав людини, яка вчинила злочин пов'язаний з домашнім насильством, а саме: 1) кримінально-правова та кримінально процесуальна (обмежувальні заходи); 2) адміністративно-правова (терміновий заборонний припис); 3) цивільно-правова (обмежувальний припис стосовно кривдника). Всі ці заходи мають на меті захист постраждалої від домашнього насильства особи від дій кривдника, з метою запобігти будь-яким проявам чи повторенням насильницьких дій. Однак з огляду на відмінність правової регламентації вважаємо за доцільне розглянути їх окремо.

У ст. 24 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» серед спеціальних заходів виділяють такі види приписів: терміновий заборонний та обмежувальний припис стосовно кривдника.

Терміновий заборонний припис може містити такі заходи: зобов'язання залишити місце проживання (перебування) постраждалої особи; заборона на вхід та перебування в місці проживання (перебування) постраждалої особи; заборона в будь-який спосіб контактувати з постраждалою особою.

Головною особливістю таких заборонних приписів є те, що вони можуть застосовуватися у разі існування безпосередньої загрози життю чи здоров'ю постраждалої особи. Право застосування таких приписів покладається на працівників поліції, з метою своєчасного реагування на прояви сімейного насильства. Розширення в такий спосіб дискреційних повноважень працівників поліції дає можливість гарантувати жертвам такого насильства безпеку від протиправної поведінки осіб схильних до проявів сімейного насильства, а також вживання додаткових заходів до останніх з метою недопущення, як продовження

протиправної поведінки так і стимулювання до дотримання загальноприйнятих правил співіснування членів родини в суспільстві.

ЦПК України регулює порядок видачі судом і продовження обмежувального припису, разом з тим визначення цього поняття даний нормативний акт не містить. При цьому правозастосовна практика національних судів посприяла формуванню правничої термінології з цього питання. Тож, обмежувальний припис стосовно кривдника – це встановлений у судовому порядку захід тимчасового обмеження прав чи покладення обов'язків на особу, яка вчинила домашнє насильство, спрямований на забезпечення безпеки постраждалої особи [1]. На відміну від норм закріплених у КУпАП та КК України, за своєю правовою природою обмежувальні приписи в цивільному провадженні не відносяться до заходів стягнення/покарання, адже основні їхні функції спрямовані на запобігання та попередження випадків вчинення домашнього насильства та забезпечення належного захисту постраждалій особі до моменту визначення кваліфікації дій кривдника. Порядок призначення обмежувального припису є передбаченим Цивільним процесуальним кодексом України.

Термін «обмежувальні заходи» використовується у КК та ЦПК, однак не дивлячись на тотожність поняття, ці заходи різняться між собою як метою так і порядком їх застосування.

Суть обмежувальних заходів полягає у застосуванні певних заборон і обмежень до кривдника з метою убезпечення жертви домашнього насильства від дій кривдника. З аналізу Стамбульської конвенції та вітчизняного законодавства у сфері протидії домашньому насильству, вбачається, що нормативного поняття «обмежувальні заходи» не існує. Але, виходячи з того, що їхнє спрямування полягає у недопущенні та запобіганні вчинення домашнього одразу у кількох галузях права, зрозуміло, що критерії яким повинні відповідати ці заходи, є спільні для них.

Для відшукування цих критеріїв звернемося до «базового» документу у сфері регулювання відповідних суспільних відносин – «Стамбульської конвенції». У ст.53 Конвенції, визначаються критерії, яким повинні відповідати обмежувальні або захисні приписи, а саме: 1) доступність та невідкладність, а також без подальшого покладання на жертву неналежного фінансового або адміністративного тягаря (судові витрати, які стосуються справи про призначення обмежувального припису, покладаються на рахунок держави); 2) їх тимчасовий характер, тобто вони можуть видаватися на певний період передбачений законом або до їхньої заміни чи зняття; 3) мають бути допустимими незалежно від іншого правового провадження. 4) у разі необхідності виданими на основі *ex parte*, тобто без вимагання присутності усіх сторін у судовому засіданні, що має негайну дію, навіть якщо за умови відкликання скарги або заяви жертвою, провадження все одно може продовжуватися; 5) дозволеним бути представленим у подальшому правовому провадженні [2, с. 29].

Звертаючись до змісту КК України, ми бачимо, що обмежувальні заходи являють собою систему обмежень, заборон і зобов'язань, які визначені у законі. Так, у ст. 91-1 КК України передбачені наступні заходи:

1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства;

2) обмеження спілкування з дитиною у разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності;

3) заборона наближатися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку з роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин;

4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб;

5) направлення для проходження програми для кривдників або пробаційної програми [3].

При цьому, за змістом перелічені обмежувальні заходи майже повністю збігаються з тими, що визначаються у ч. 6 ст. 194 КПК України. Відмінності полягають лише у тому, що у КПК України не передбачається можливості направлення кривдника для проходження пробаційної програми, однак на відміну від КК України є можливість направлення такої особи для проходження лікування від алкогольної, наркотичної або іншої залежності, від хвороб, що становлять небезпеку для оточуючих [4].

Слід зазначити, що перелічені обмежувальні заходи не вичерпують весь правовий інструментарій, який може застосовуватися у разі здійснення домашнього насильства. Аналіз положень Розділу V Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» свідчить про те, що окрім перелічених можуть бути застосовані і інші заходи щодо протидії домашньому насильству:

усунення перешкод у користуванні майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності або особистою приватною власністю постраждалої особи;

заборона особисто і через третіх осіб розшукувати постраждалу особу, якщо вона за власним бажанням перебуває у місці, невідомому кривднику, переслідувати її та в будь-який спосіб спілкуватися з нею [5].

Окрім цього, у цьому ж Законі визначаються декілька невідкладних заходів, які можуть бути застосовані до кривдника, а саме:

зобов'язання залишити місце проживання (перебування) постраждалої особи;

заборона на вхід та перебування в місці проживання (перебування) постраждалої особи;

заборона в будь-який спосіб контактувати з постраждалою особою [5].

До речі, слід відмітити, що на формування системи заходів щодо протидії домашньому насильству вплинули і практика ЄСПЛ. Так, у рішенні «Левчук

проти України» Суд зауважив, що Комітет міністрів рекомендував державам-членам щодо домашнього насильства кваліфікувати всі форми насильства у сім'ї як кримінальні правопорушення та передбачати можливість вжиття заходів, *inter alia*, для: надання суду можливості застосовувати тимчасові заходи, спрямовані на захист потерпілих; забороняти правопорушнику контактувати, спілкуватися з потерпілою або наближатися до неї, проживати або заходити до визначеного місця; карати за всі випадки недотримання заходів, накладених на правопорушника; та визначати обов'язкову послідовність дій для працівників поліції, а також медичних і соціальних служб [6]. ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що поняття «*inter alia*» у сфері протидії домашньому насильству, означає, що Суд зобов'язав держав-учасниць не лише виконувати обов'язки покладені на них, але й також розробляти, впроваджувати та удосконалювати у разі необхідності норми національного законодавства у сфері протидії домашньому насильству ґрунтуючись на принципах надання належного захисту для потерпілого, підвищення рівня обізнаності громадськості у цьому питанні а також внесення змін до кримінального та цивільного законодавства.

Таким чином можливо зробити висновок, що обмежувальні заходи до кривдника є частиною системи спеціальних заходів щодо протидії домашньому насильству, що визначається у Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», які застосовуються у межах кримінальної юрисдикції.

Перейдемо до визначення підстав застосування обмежувальних заходів передбачених ст. 91-1 КК України через аналіз її складових. У ст. 91-1 «Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство» зазначається, що обмежувальні заходи можуть бути застосовані судом в інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, одночасно з призначенням покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або звільненням з підстав, передбачених цим Кодексом, від кримінальної відповідальності чи покарання.

Аналіз ст. 91-1 КК України дозволяє зробити висновок, що вказані заходи суд може застосувати в інтересах потерпілої особи, при прийнятті остаточного рішення у кримінальній справі за фактом вчинення злочину, пов'язаного з домашнім насильством. При цьому, як справедливо зазначають О.О. Дудоров та М.І. Хавронюк, застосування до кривдника обмежувальних заходів є правом, а не обов'язком суду [7, с. 48]. Тобто, вказані заходи законодавець відніс до факультативних заходів кримінально-правового характеру, які можуть на розсуд суду застосовуватися до кривдника за результатами судового розгляду кримінальної справи щодо нього. Вирішуючи питання про застосування обмежувальних заходів, суд повинен виходити виключно із інтересів потерпілої особи, що передбачає аналіз судом ризиків подальшого вчинення кривдником актів домашнього насильства.

Звертає на себе увагу те, що злочини, які пов'язані з домашнім насильством, законодавець виділяє в окрему групу, обмежуючи можливість застосування певних пільгових норм, у тому числі і тих, що пов'язані із застосуванням заходів «процесуальної медіації» (п.7 ч. 1 ст. 284 КПК України). Такі обмеження впроваджені законодавцем з огляду на те, що жертви домашнього насильства у багатьох випадках знаходяться у психологічній залежності від своїх кривдників, тому їм досить складно прийняти виважене рішення щодо кривдника і взаємовідносин із ним у подальшому.

Отже, цілком обґрунтованим є твердження, що думка учасників судового провадження, у тому числі і потерпілого, не є визначальною для суду при вирішенні питання про необхідність застосування обмежувальних заходів. Разом із тим, у разі незгоди з думкою потерпілого, суд має належним чином аргументувати свою позицію.

Відтак, необхідно констатувати, що інтерес потерпілого виступає у якості фактичної складової підстави застосування обмежувальних заходів.

Щодо матеріально-правової складової підстави застосування обмежувальних заходів, то виходячи зі змісту ст. 91-1 КК України, її можливо

сформулювати наступним чином - вчинення злочину, пов'язаного з домашнім насильством, за яке особі призначено покарання, не пов'язане з позбавленням волі, або у разі коли особу звільнено від кримінальної відповідальності чи покарання.

Впадає в очі, що ця складова підстави має двоєдиний характер, оскільки вказує на змістовну своєрідність самих злочинів та визначає кримінально-правові форми державного реагування на їх вчинення.

Перший її елемент вказує на своєрідність самих посягань. У КК України прямо не розкривається зміст поняття «злочини, пов'язані з домашнім насильством», хоча відповідне збірне поняття використовується у ст. ст. 91-1, 76 КК України.

З огляду на суперечливу практику, яка складалася на протязі декількох років щодо підстав закриття кримінальних проваджень за п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК України (відмова потерпілого від обвинувачення), Верховному Суду довелося розтлумачити вказане збірне поняття. Так, у своїй постанові у справі № 453/225/19, Об'єднана палата Верховного Суду вказала, що поняття «злочин, пов'язаний із домашнім насильством» є ширшим за поняття «домашнє насильство», відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 126-1 КК України і може полягати не лише у вчиненні цього злочину, а й в інших суспільно небезпечних діяннях, які мають ознаки домашнього насильства, а тому при встановленні змісту згаданого поняття слід виходити з конкретних фактичних обставин справи, а не тільки з кваліфікації дій винуватця [8].

Аналізуючи вказане рішення О. Харитонова та І. Тітко визначили, що система кримінально-правових норм у відповідній сфері передбачає:

-по-перше, наявність окремої моделі складу злочину «домашнє насильство», у ст. 126-1 КК України;

-по-друге, наявність кваліфікуючих ознак злочинів, «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний

перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах», які містяться у низці статей Особливої частини КК України;

-по-третє, наявність обтяжуючої обставини, яка вказана у п. 6-1 ст. 67 ч.1 КК України як «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» та п. 6 «в присутності дитини» [9].

В свою чергу, А.А. Вознюк, намагаючись консолидувати всі можливі випадки вчинення кримінальних правопорушень, пов'язаних з домашнім насильством групує їх у залежності від виду насильства: 1) кримінальні правопорушення, пов'язані з домашнім насильством фізичного характеру (наприклад, передбачені ст. ст. 121, 122, 125, 126, 135, 136, 146, 115, 120 КК України); 2) кримінальні правопорушення, пов'язані з домашнім насильством психічного характеру (наприклад, передбачені ст. ст. 129, 134, 142, 143, 154, 300, 301, 303 КК України); 3) кримінальні правопорушення, пов'язані з домашнім насильством економічного характеру (наприклад, передбачені ст. ст. 150, 150-1, 164, 165, 166, 167, 304 КК України); 4) кримінальні правопорушення, пов'язані з домашнім насильством сексуального характеру (ст. ст. 152, 153, 154 КК України) [10, с.11]. Даний перелік, на нашу думку не може претендувати на вичерпний характер, однак дає можливість умовно визначити межі відповідних кримінально-правових заборон. Разом із тим, необхідно зазначити, що вчинення дій, передбачених статтями 155,156 КК України членами сім'ї потерпілої дитини може відбуватися у обстановці психологічного тиску з боку кривдника, тому таке діяння може бути визнане таким, що вчинено з елементами психічного насильства щодо дитини, яка перебуває у залежному стані.

Крім того, і зміст самої базової дефініції «домашнє насильство», яка міститься у ст. 126-1 КК України був уточнений Верховним Судом через те, що в низці випадків правозастосовні органи вдавалися до спрощення, визнаючи факти домашнього насильства лише через те що конфлікти виникали між родичами або членами сім'ї. Верховний суд у постанові у справі № 647/1931/19

зазначає, що термін «домашнє насильство» не слід розглядати як будь-яке насильство, яке виникає між членами сім'ї, але при цьому зумовлене зовсім іншими причинами. Адже вказувати на те, що потерпілим є член сім'ї, не можна враховувати як факт, про підтвердження вчинення домашнього насильства, саме у тому значенні яке визначається Законом України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». У п. 23 цієї ж постанови Суд вказує на критерії, яким має відповідати домашнє насильство, вказуючи на те, що «Стамбульською Конвенцією домашнє насильство розуміється як певний спосіб поведінки, якою одна особа намагається утвердити або підтримати контроль над іншою особою, що відноситься до певної вразливої групи і знаходиться у вразливій ситуації» [8]. У зв'язку із цим, суд приходить до висновку, що «посилання лише на те, що потерпілим від злочину є член сім'ї обвинуваченого, недостатньо для того, аби стверджувати про існування ситуації домашнього насильства у значенні, яке надається цьому терміну Стамбульською Конвенцією та законом, що ухвалено з метою її імплементації».

Відтак, можливо зробити висновок, що система кримінально-правових норм у сфері протидії домашньому насильству, що складають злочини, які пов'язані з домашнім насильством, окрім ст. 126-1 КК України, включає у себе також діяння, передбачені частинами другими низки статей, у яких у якості кваліфікуючої ознаки вказується на вчинення основного (базового складу) відносно визначеного кола потерпілих-жертв домашнього насильства) та випадки вчинення будь-яких інших злочинів, об'єктивна сторона яких передбачає здійснення насильства щодо визначеного у КК України кола жертв домашнього насильства, а саме подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах або визначеним у законі колом кривдників (членами сім'ї чи близькими родичами, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього).

Встановивши обсяг поняття «злочини, які пов'язані з домашнім насильством», як елементу матеріально-правової підстави застосування обмежувальних заходів, спробуємо визначитися з питанням можливості застосування вказаних у ст. 91-1 КК України заходів у разі здійснення кримінальних проступків.

Відповідно до ст. 12 КК України система кримінальних правопорушень окрім злочинів включає у себе і кримінальні проступки, ступінь суспільної небезпечності яких нижче від злочинів. Разом із тим, у ст. 91-1 КК України чітко вказується, що обмежувальні заходи застосовуються за вчинення злочину, пов'язаного з домашнім насильством. Пряма вказівка у цій нормі на різновид кримінального правопорушення, а саме на злочин – виключає можливість здійснення поширювального тлумачення відповідного припису за рахунок якого суди могли б застосовувати обмежувальні заходи і до кривдників, у разі вчинення ними кримінальних проступків.

Однак, на нашу думку, це не є проявом гуманізму з боку законодавця до кривдників, а скоріше свідчить про законодавчу прогалину у регламентації вказаного питання. Так, аналіз окремих положень КПК України підтверджує таке наше припущення. Зокрема, у ч. 6 ст. 194 КПК України одночасно використовується лексична конструкція «злочину, пов'язаного з домашнім насильством», а далі використовується відсилка «такого кримінального правопорушення» [4]. У п.7 ч.1 ст.284 КПК України вказується на неможливість закриття у зв'язку з відмовою від підтримання потерпілим обвинувачення у справах «щодо кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством». Окрім того, і в самому Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» у ч. 10 ст. 26 зазначається, що «перелік заходів щодо тимчасового обмеження прав або покладення обов'язків на особу, яка підозрюється, обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством або визнана винною у його вчиненні, а також порядок застосування таких заходів визначаються Кримінальним

кодексом України та Кримінальним процесуальним кодексом України» [5]. Це так само є підтвердженням того, що законодавець не мав на меті обмежити сферу застосування обмежувальних заходів лише випадками вчинення злочинів відповідної спрямованості і виключити їх застосування, у випадках вчинення кримінальних проступків, які пов'язані з домашнім насильством.

Таким чином, на сьогодні склалася парадоксальна ситуація, за якої закрити кримінальне провадження за фактом заподіяння, наприклад, чоловіком дружині легких тілесних ушкоджень за наявності її заяви про відмову від підтримання обвинувачення в силу обмежень, що містяться у п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК України, не можливо, однак і застосувати до кривдника обмежувальні заходи, передбачені ст. 91-1 КК України немає підстав, оскільки відповідне кримінальне правопорушення відноситься до кримінальних проступків.

Відповідну прогалину можливо усунути шляхом внесення змін у ч. 1 ст. 91-1 КК України замінивши термін «злочини пов'язані з домашнім насильством» на «кримінальне правопорушення...». Крім того, аналогічні уточнення доцільно здійснити і у ч. 2 ст. 76 КК та ч. 6 ст. 194 КПК України, де також використовується конструкція «злочин, що пов'язаний з домашнім насильством».

Другим елементом матеріально-правової підстави виступають заходи державного реагування, які реалізуються щодо особи, яка визнана винною у вчиненні відповідних посягань. У законі зазначається, що обмежувальні заходи застосовуються одночасно з призначенням їй покарання не пов'язаного з позбавленням волі або ж у разі звільнення такої особи від кримінальної відповідальності чи покарання, з якими можливо ці заходи застосовувати.

Одразу ж виникає питання, які покарання має на увазі законодавець? Річ у тому, що відповідно до ст. 51 КК України покараннями, які пов'язані з позбавленням волі, можливо вважати лише позбавлення волі на певний строк та довічне позбавлення волі. Таке наше припущення підтверджується і іншим законодавчим формулюванням, яке міститься у Кримінально-виконавчому

кодексі України. Так сама назва Розділу II Особливої частини КВК України визначається як «Виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі». До таких покарань законодавець відносить: штраф; позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; громадські роботи; виправні роботи; службові обмеження для військовослужбовців; конфіскація майна; арешт; обмеження волі; тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців [11].

Одразу ж зазначимо, що не всі з перерахованих покарань мають значення для встановлення матеріально-правової підстави застосування обмежувальних заходів. Так, у ч. 4 ст. 52 КК України зазначається, що «за одне кримінальне правопорушення може бути призначено лише одне основне покарання, передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу». З огляду на такий порядок призначення покарань за вчинення кримінальних правопорушень, ми розуміємо, що можуть братися до уваги лише основні покарання, за виключенням двох найбільш суворих покарань, що зазначені нами вище. Відтак в силу приписів ч. 1 ст. 52 КК України відшукувану нами сукупність покарань складають наступні з них: громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, арешт, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців.

Однак насмілимося припустити, що в цьому випадку необхідно застосовувати обмежувальне тлумачення і виключити з загального обсягу покарань окремі з них. Так, дійсно законодавець відносить обмеження волі, арешт і тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців до покарань, не пов'язаних з позбавленням волі. Разом із тим, за режимом, характером та умовами відбування такі покарання наближені до тих, які пов'язані з позбавленням волі. Через це у науці їх досить часто разом із позбавленням волі відносять до однієї групи покарань, яку називають ізоляційними, оскільки основний їх зміст полягає у ізоляції засуджених осіб від

суспільства з триманням їх в установах виконання покарання різних типів на певний термін. Зрозуміло, що сенс у застосуванні більшості обмежувальних заходів у разі тривалої ізоляції засудженого від суспільства, у тому числі і жертв домашнього насильства, відпадає. Відтак можливо припустити, що їх застосування разом із арештом, обмеженням волі або триманням в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців є недоречним. Більше того, зі змісту ч. 4 ст. 91-1 КК України випливає, що законодавець не мав на увазі можливість застосування обмежувальних заходів поряд із ізоляційними покараннями. Там зазначається, що «контроль за поведінкою засуджених, до яких застосовано обмежувальні заходи, здійснює орган пробації за місцем проживання засудженого, а в разі вчинення злочину військовослужбовцем - командир військової частини». Відтак, місце перебування засудженого в установах виконання покарання не передбачається, виходячи зі змісту цього припису.

Отже, можливо зробити висновок, що обмежувальні заходи можуть бути застосовані лише у випадках засудження особи до основного покарання із подальшим його відбуванням у вигляді громадських робіт, виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців.

На нашу думку, з метою уникнення помилок у судовій практиці, було б доречно уточнити зміст поняття «покарання, не пов'язаного з позбавленням волі», що використовується у ч. 1 ст. 91-1 КК України шляхом вказівки на перелік тих покарань.

Щодо можливості застосування обмежувальних заходів у разі звільнення від кримінальної відповідальності зазначимо наступне. Звільнення від кримінальної відповідальності здійснюється виключно судом у формі акту (судового рішення), який свідчить про припинення кримінально-правових відносин між особою, яка вчинила кримінальне правопорушення, і державою. Кримінальний кодекс України передбачає такі підстави звільнення від кримінальної відповідальності: 1) у зв'язку з дійовим каяттям; 2) у зв'язку з

примиренням винного з потерпілим; 3) у зв'язку з передачею особи на поруки; 4) у зв'язку зі зміною обстановки; 5) у зв'язку із закінченням строків давності.

Із змісту ст. 91-1 КК України випливає, що у випадку застосування судом однієї з цих підстав, до особи можуть бути застосовані один або декілька обмежувальних заходів. Звільнення від кримінальної відповідальності можуть бути умовними чи безумовними. Безумовний характер звільнення означає, що особа звільняється від кримінальної відповідальності після набрання законної сили рішення суду незалежно від її наступних дій, тобто така форма звільнення не тягне за собою кримінально-правових наслідків і здійснюється безповоротно. При умовному звільненні, до яких відноситься лише передача на поруки, на особу протягом іспитового строку покладається зобов'язання поводитися певним чином як умова сприятливого завершення цього строку.

Отже, за виключенням єдиного умовного звільнення від кримінальної відповідальності, правова природа звільнення від кримінальної відповідальності передбачає припинення кримінально-правових відносин між винною особою і державою. Це у свою чергу тягне за собою відсутність негативних наслідків для звільненої особи, зокрема, і неможливість реалізації обмежень прав і свобод такої особи, що впливають із попередньо вчиненого кримінального правопорушення. Таким чином, нам видається, що застосування обмежувальних заходів у межах звільнення від кримінальної відповідальності за відсутності відповідного правового механізму є не зовсім обґрунтованим. Разом з тим, зауважимо, що у цьому разі субсидіарним механізмом захисту прав постраждалої особи виступає правовий механізм винесення обмежувального припису в межах цивільної юрисдикції.

Якщо вести мову про застосування обмежувальних заходів при звільненні особи від покарання, то одразу ж впадає в очі той факт, що законодавець лише фрагментарно врегулював відповідний правовий механізм. Це стосується випадків звільнення особи від покарання з випробуванням. Законодавець у ч. 2 ст. 76 КК України вказує на те, що на осіб, засуджених за злочини, пов'язані з

домашнім насильством, суд може покласти інші обов'язки та заборони, передбачені статтею 91-1 цього Кодексу». Отже, доводиться констатувати, що застосування обмежувальних заходів при звільненні особи від кримінальної відповідальності або покарання (за виключенням звільнення на підставі ст. 75 КК України), носить суто декларативний характер через відсутність механізму застосування обмежувальних заходів для цих заходів кримінально-правової реакції держави на вчинюване кримінальне правопорушення, яке пов'язане з домашнім насильством.

Висновки та пропозиції. Таким чином, доводиться констатувати, що попри розв'язання окремих питань ми приділили увагу визначення місця обмежувальних заходів у системі правового механізму протидії домашньому насильству та питанням встановлення підстав застосування обмежувальних заходів. Але попри прогресивний характер інституту запобігання домашнього насильства має низку системних прогалин, які, на нашу думку, потребують усунення шляхом внесення відповідних змін до вітчизняного законодавства.

Література

1. Рішення Ємільчинського районного суду Житомирської області від 15 березня 2019 року, справа № 277/281/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80473677> (дата звернення до ресурсу: 10.12.2021).

2. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська Конвенція). Довідник для членів Парламенту Ради Європи. Оновлена редакція. 2013 р. 108 с. URL: <https://rm.coe.int/1680096e45> (дата звернення до ресурсу: 05.01.2022).

3. Кримінальний Кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення до ресурсу: 17.12.2021).

4 Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2010 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення до ресурсу: 28.12.2021).

5. Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2229-19>. (дата звернення до ресурсу: 20.12.2021).

6. Левчук проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 3 вересня 2020 року (заява № 17496/19). URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/974_f92 (дата звернення до ресурсу: 20.12.2021).

7. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). Київ: Ваіте, 2019. 288 с.

8. Постанова Верховного Суду від 12 лютого 2020 року, справа № 453/225/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87602679> (дата звернення до ресурсу: 02.01.2022).

9. Тітко І. А., Харитонова О. В. Злочин, пов'язаний з домашнім насильством: правові проблеми та практичні рекомендації. 2020. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytics/192450_zlochyn-povyazaniy-z-domashnm-nasilstvom-pravov-problemi-ta-praktichn-rekomendats (дата звернення до ресурсу: 05.01.2022).

10. Вознюк А. А. Кримінальна відповідальність за домашнє насильство: актуальні питання теорії та практики. *Форум права*. 2019. №2. 6–14 с. URL: https://forumprava.pp.ua/files/006-014-2019-2-FP-Voznyuk_3.pdf (дата звернення до ресурсу: 03.12.2021).

11. Бараш Є. Ю. Правові та організаційні проблеми виконання покарань (стягнень), не пов'язаних із позбавленням волі, кримінально-виконавчою службою в Україні. *Право і безпека*. № 5. 2009. 107–111 с.