

КВАЛІФІКАЦІЯ ДІЙ ОСОБИ ПІД ЧАС ПОСТАНОВЛЕННЯ ВИРОКУ ЗА КВАЛІФІКУЮЧОЮ ОЗНАКОЮ «ПОВТОРНО»: ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ АСПЕКТІВ

У процесі дослідження доведено, що лише реалізація суддею своїх дискреційних повноважень щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) є єдиною винятковою ситуацією, яка передбачає за відсутності обвинувального вироку суду в «першому кримінальному провадженні», який для правомірності кваліфікації за ознакою повторності повинен набути законної сили, застосування при кваліфікації дій обвинуваченого в «наступному кримінальному провадженні» такої кваліфікуючої ознаки, як «повторність». В іншому ж разі варто вести мову про порушення такої конституційної засади кримінального провадження, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, якщо дії особи кваліфіковано за кваліфікуючою ознакою «повторно» без попередньої реалізації дискреційних повноважень судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) або без постановлення обвинувального вироку в «першому провадженні».

Ключові слова: повторність кримінальних правопорушень, множинність, кваліфікація протиправних дій, презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, «non bis in idem», дискреційні повноваження судді.

Правові висновки різних судових палат Касаційного кримінального суду Верховного Суду щодо можливості кваліфікувати дії особи під час постановлення вироку за кваліфікуючою ознакою «повторно» певний період часу різнилися. Такий висновок випливає з аналізу постанови від 11 грудня 2019 року (провадження № 51-4204 км 19, справа № 274/2956/17) Третньої судової палати Касаційного кримінального суду [1], постанови Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 10 липня 2018 року (провадження № 51-2475 км 18, справа № 545/3663/16-к) [2], а також постанови від 27 лютого 2019 року (провадження № 51-5205 км 18, справа № 695/136/17) Другої судової палати Касаційного кримінального суду [3].

У зв'язку з таким станом справ, на підставі частини 2 статті 434¹ КПК України на розгляд Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду було винесено питання про «застосування норм кримінального закону, зокрема щодо можливості кваліфікувати дії особи під час постановлення вироку за кваліфікуючою ознакою “повторно” у тому випадку, коли в суді знаходиться інше кримінальне провадження стосовно цієї особи, не розглянуте

по суті (за обвинуваченням у вчиненні злочину, що дає підстави для такої кваліфікації), тобто за відсутності обвинувального вироку суду, який набрав законної сили». Тому своє власне рішення у справі № 591/4366/18 (провадження № 51-1122кмо20) приймала 14 вересня 2020 року вже Об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду. Однак не з усіма аргументами та констатацією фактів, наведеними в цій постанові, можна беззастережно погодитися. Передовсім, дозволю собі вступити в наукову дискусію щодо такого положення вказаного рішення, як «...при цьому слід враховувати висновок Об'єднаної палати від 01 червня 2020 року (справа № 766/39/17, провадження № 51-8867кмо18) про те, що у такому випадку слід керуватися саме часом постановлення попереднього вироку, а не часом набрання ним законної сили» [4].

Беручи до уваги викладене вище та з позицій окресленої проблематики, потребують обґрунтованих відповідей питання щодо розуміння поняття «вчинення кримінального правопорушення» з огляду на положення частини 1 статті 32 КК України, та в який спосіб можуть дискреційні повноваження судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження

впливати на правову кваліфікацію діяння особи, зокрема інкримінування такої кваліфікуючої ознаки, як «повторність»? Як під час касаційного розгляду конкретного кримінального провадження впливають на кримінальну правову кваліфікацію дій особи судові рішення стосовно цієї ж особи, постановлені в інших кримінальних провадженнях? Із питаннями на аналогічну тематику в червні 2020 року судді Верховного Суду зверталися до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді [5]. Авторка цієї статті власні роздуми щодо означеного кола питань виклала в науковому висновку [6], який і став підґрунтям для цього дослідження.

З огляду на такий стан речей авторка цієї статті поставила собі за мету спробувати на основі наявної емпірики, публікацій, дискусій та власного підходу висловити обґрунтовані судження у вигляді відповідей на задекларовані вище питання.

I. Вельми дискусійним є питання про те, що слід розуміти під «вчиненням» з огляду на положення частини 1 статті 32 КК України, а саме в контексті: «Повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу» – сам факт обвинувачення особи у вчиненні кримінального правопорушення (без постановлення вироку) чи виключно факт постановлення стосовно особи обвинувального вироку, що дає підстави кваліфікувати її дії з урахуванням повторності?

Беручись до розгляду цього питання, варто констатувати, що матеріальне та процесуальне право не можуть існувати відокремлено, а реалізація їхніх положень має бути злагодженою. Однак непоодинокими є випадки, коли норми матеріального та процесуального права вступають у дисонанс або ж і відкрито конфліктують одна з одною. За скрупульозного аналізу обох законодавств може виявитися, що існують різні підходи фахівців матеріалістів та процесуалістів до певної, однієї й тієї самої проблематики, і нерідко такий стан справ виникає через оперування або лише доктринальними положеннями матеріального права, або ж – виключно процесуального.

Ще однією вагомою причиною цієї ситуації є невиважені «реформаційні рухи» щодо удосконалення того чи іншого законодавства, через що непоправних руйнацій зазнають окремі усталені процедури. І геть неприпустимо виглядає реформа процедурної діяльності без

першопочаткових змін та доповнень до її матеріально-правової основи.

В унісон наведеному, з першого погляду, зовсім логічним є виклад статті 32 КК України, де в чотирьох її частинах наведено законодавче розуміння повторності, а також обставин і критеріїв, що свідчать про її відсутність. Зокрема, повторністю кримінальних правопорушень визнано вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК України. Повторність, передбачена частиною першою статті 32 КК України, відсутня при вчиненні продовжуваного кримінального правопорушення, яке складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним кримінально протиправним наміром. Вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями КК України, визнається повторним лише у випадках, передбачених в Особливій частині КК України. Повторність відсутня, якщо за раніше вчинене кримінальне правопорушення особу було звільнено від кримінальної відповідальності на підставах, установлених законом, або якщо судимість за це кримінальне правопорушення було погашено або знято, а також після відбуття покарання за вчинення кримінального проступку (частини 1-4 статті 32 КК України) [7].

Що ж слід розуміти під вжитим законодавцем, як на мене, ключовим неоднозначним словосполученням «вчинення кримінального правопорушення» у наведеному викладі частин цитованої мною статті? На перший погляд видається, що тут загалом достатньо оцінити поведінку людини з огляду на те, чи була вона протиправною, винною, суспільно небезпечною, караною з позицій переліку, наявного в Особливій частині Кримінального кодексу України. Із кримінальних процесуальних позицій та наявної судової практики напрошується висновок, що лише такої ретроспективної оцінки поведінки особи недостатньо для правильного застосування положень частини 1 статті 32 КК України.

З аналізу окремого блоку судової практики напрошується неоднозначний висновок, що в контексті частини 1 статті 32 КК України «вчинення» – це ще й додатково факт обвинувачення особи у вчиненні кримінального правопорушення без постановлення щодо цієї особи обвинувального вироку. А інші судові рішення схиляють нас до переконання, що в контексті частини 1 статті 32 КК України «вчинення» передбачає факт постановлення обвинувального

вироку [4]. І тут погляди науковців, практичних працівників істотно різняться, це закономірно, і, насамперед, подальші відмінності в обґрунтуванні власних авторських умовиводів залежать, на мою думку, від вибраної «початкової точки відліку». А базова проблема, як на мене, – некоректність термінології, вжитої законодавцем у конструкції статті 32 КК України та інших статей.

Так, початок перебігу строків давності є однією з проблем кримінальної відповідальності загалом, а визначення початкового моменту перебігу строків давності, передбачених у статті 49 КК України, у разі вчинення особою триваючого злочину, зокрема. Оскільки у статті 49 КК України порядок визначення початку такого перебігу не передбачений, то науковці пропонують свої власні підходи, які мають допомогти тим, хто застосовує закон, впоратися з цією теоремою. Зокрема, часом вчинення триваючого злочину доцільно визнавати момент початку вчинення протиправного діяння. Варто розмежувати момент юридичного закінчення складу злочину та фактичного припинення злочинного стану особи. Триваючі злочини *de jure* вважаються закінченими з моменту початкових дій або бездіяльності суб'єкта злочину, а *de facto* злочинний стан особи в цьому випадку припиняється з моменту, коли сама зобов'язана особа його припинила з власної волі або з причин, які не залежать від її волі [8, с. 22].

Як аргументовано підкреслюють знані дослідники, корінь проблеми криється ще й у відсутності єдиного доктринального «правила» про момент закінчення злочину, а на сьогодні – кримінального правопорушення. Цілком погоджуюся з науковцями, що варто звернути увагу на неточність закріпленої в частині 1 статті 13 КК України позиції, коли момент закінчення злочину, а на сьогодні – кримінального правопорушення, пов'язується з наявністю в діянні особи усіх ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини Кримінального закону [9, с. 81–82]. Вказана неточність зумовлена підміною понять «злочин» (за чинним КК України – кримінальне правопорушення) і «склад злочину» (за чинним КК України – склад кримінального правопорушення). Адже, незважаючи на взаємопов'язаність цих понять, вони різні за своїми ознаками і виконують різні функції в механізмі кримінально-правового регулювання [9, с. 81–82]. Цілком погоджуюся з позицією професора В. М. Бурдіна, який ще у 2013 році підкреслював, що «...очевидною логічною

помилкою є спроби пов'язувати існування поняття злочину, з фактом встановлення у ньому не притаманних саме цьому поняттю ознак, а ознак абсолютно іншого поняття – складу злочину. Так чи інакше, але треба визнати те, що поняття злочину і складу злочину різні за змістом, обсягом, а також виконуваними функціями в кримінально-правовому регулюванні, а тому не можуть бути замінені одне одним. Ознаки поняття злочину характеризують істотні елементи, які притаманні будь-якому виду злочинної поведінки, незалежно від конструкції складу злочину, і дозволяють відмежовувати злочин від інших видів правопорушень. Ознаки поняття складу злочину у своїй сукупності є єдиною підставою кримінальної відповідальності, однак наявність в діянні особи ознак складу злочину, передбаченого Особливою частиною Кримінального закону, ще не свідчить про те, що сам злочин закінчено, але вже дозволяє дати позитивну відповідь на запитання про те, чи буде особа підлягати кримінальній відповідальності. В той час як з моментом закінчення злочину пов'язано багато інших кримінально-правових інститутів та понять. Так, зокрема, від моменту закінчення злочину залежить право особи на необхідну оборону, можливість співучасті чи причетності до злочину, вплив строків давності тощо. Отже, вирішуючи питання про момент закінчення злочину, до уваги треба брати ознаки саме цього поняття, а не поняття складу злочину. І в цьому відношенні, незважаючи на певні неточності, допущені законодавцем при визначенні в частині 1 статті 11 КК України поняття злочину, основну увагу необхідно звернути на такий ознаці злочину як суспільна небезпека діяння» [9, с. 81–82]. Тому й при вирішенні питання про момент закінчення продовжуваних та триваючих злочинів до уваги потрібно брати не особливості законодавчої конструкції складу злочину, а особливості фактичного вчинення суспільно небезпечного діяння (протікання його в часі), а також механізм заподіяння ним шкоди об'єкту кримінально-правової охорони [9, с. 94]. Попри те, що на сьогодні в Кримінальному кодексі України розмежовано поняття «злочин» і «кримінальний проступок» та до них обох ужито узагальнювальний термін «кримінальне правопорушення», означена ще у 2013 році професором В. М. Бурдіним проблема існує в «первісному вигляді», більше того – вона розширила свої «кордони», адже стосується вже не лише злочинів, а й кримінальних правопорушень загалом.

Не зупиняючись на деталях, бо не вважаю це шляхом до розв'язання задекларованої науково-практичної проблеми, лише штрихом означу, що це не єдина кримінально-правова проблема в переліку тих, які логічно слідують одна за одною в ланцюжку до розуміння поняття «вчинення кримінального правопорушення» в розглядуваному контексті.

Своєю чергою, кримінальне процесуальне законодавство також вносить свої корективи у формування наукових підходів до розуміння поняття «вчинення кримінального правопорушення» в розглядуваному контексті. Зокрема, частина 1 статті 17 КПК України унормує правило про те, що особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому КПК України, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Частина 5 цієї ж статті зобов'язує суд, слідчого, дізнавача, прокурора та інших учасників кримінального провадження поводитися з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, як із невинуватою особою [10].

Жодним чином не посягаючи на «логіку функціонування кримінального права, яка передбачає «ex post facto» оцінку поведінки людини з точки зору того, чи була така поведінка кримінальним правопорушенням»¹, дозволю собі лише висловити власні аргументи щодо цієї проблеми, з приводу якої в червні 2020 року судді Верховного Суду зверталися до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді [5], зокрема, що слід розуміти під «вчиненням» з огляду на положення частини 1 статті 32 КК України, а саме в контексті: *«Повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу»* [5].

По-перше, вживання законодавцем невизначеного поняття «вчинення» в запропонованому контексті та й узагалі в кримінальному законодавстві саме собою «породило» означену вище проблематику. Схиляюся до переконання, що варто було б розділити та дефініціювати розуміння і випадки, коли доцільно вживати термін «вчинення», «вчинений(не)», а коли їх уникати. Сподіваюся, що це недалека перспектива, оскільки автори

проекту нового КК України переконують, що ведеться плідна робота в цій царині і планується істотне розширення його загальної частини, її наповнення й удосконалення [11].

По-друге, з огляду на чинне кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство, очевидно, що для вирішення означеної в цьому питанні проблеми варто розмежувати два окремі підходи, зокрема «вчинення кримінального правопорушення» як факт, подію, яку прокурор, слідчий мають обов'язок встановлювати відповідно до вимог пункту 1 частини 1 статті 91 КПК України та яку характеризують час, місце та інші обставини вчинення, а в другому випадку – вже як подію, в якій не лише встановлено причетність певної особи, а й доведено винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення (пункт 2 частини 1 статті 91 КПК України).

Переконана, що саме цей, другий, підхід слід застосовувати в контексті цитованих вище положень частини 1 статті 32 КК України.

З огляду на таку конституційну засаду кримінального провадження, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, логічним був би виклад статті 32 КК України та інших суміжних статей кримінального законодавства із вживанням законодавцем підходу, що впливає з означеної конституційної засади кримінального провадження, – «...вина якої у вчиненні кримінального правопорушення встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили» – та відповідним чином дефініційованого поняття «вчинене» замість «вчинення».

Висновок до першого питання. З огляду на наведене, вважаю, що під «вчиненням» відповідно до положень частини 1 статті 32 КК України, частин 1, 5 статті 17 КПК України, а саме в контексті: *«Повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу»* слід розуміти факт постановлення стосовно особи обвинувального вироку, який набрав законної сили, що дає підстави кваліфікувати її дії з урахуванням повторності.

II. Чи не суперечить інститут множинності кримінальних правопорушень, зокрема повторність кримінальних правопорушень, принципу «non bis in idem» за відсутності обвинувального вироку суду стосовно особи за раніше вчинений злочин?

Стаття 19 КПК України встановлює заборону двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення,

¹ Зауваження рецензента.

зокрема, її частина 1 передбачає, що ніхто не може бути двічі обвинуваченим або покараним за кримінальне правопорушення, за яким він був виправданий або засуджений на підставі вироку суду, що набрав законної сили [10]. Вбачається, що ключовим фактом у частинах 1, 5 статті 17 та й у частинах 1-2 статті 19 КПК України є набрання вироком суду законної сили.

На противагу цим кримінальним процесуальним положенням не зовсім коректним, як уже зазначалося під час розгляду першого питання, є формулювання частини 1 статті 32 КК України. Очевидно, що саме з цієї ситуаційної обумовленості і виникає запитання про узгодженість (чи суперечність) інституту множинності, зокрема повторності кримінальних правопорушень, принципу «*non bis in idem*».

Для з'ясування означеного стану справ логічно буде звернутися як до практики ЄСПЛ, так і до наукових напрацювань тих дослідників, які глибинно її аналізували. Погоджуюся з констатацією, що принцип «*non bis in idem*» застосовується здебільшого в кримінальному провадженні та провадженні щодо адміністративних правопорушень. При цьому, визначаючи сферу дії статті 4 Протоколу № 7, слід керуватися трьома критеріями, широковідомими як «критерії Енгеля», які потрібно враховувати під час визначення того, було чи не було у справі висунуто «кримінальне обвинувачення». Першим критерієм є правова кваліфікація правопорушення відповідно до національного права, другим – сам характер правопорушення, а третім – ступінь суворості покарання, яке може бути застосоване до винної особи. Другий і третій критерії є альтернативними, і необов'язково застосовувати їх у сукупності. Це, однак, не виключає застосування кумулятивного підходу, коли окремих аналіз кожного критерію не дає змоги зробити однозначний висновок про існування кримінального обвинувачення. Натомість оцінку відповідним обставинам справи ЄСПЛ надає за розробленим алгоритмом: а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; б) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними й тими самими (*idem*); с) чи було дублювання проваджень (*bis*). Очевидно, що Суд зраховує до кримінально-правових й окремі види адміністративних правопорушень. ЄСПЛ сформулював критерії оцінювання двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, а й, що головніше, змісту та мети правопорушень. ЄСПЛ вважає, що вислів «одне й те саме правопорушення» за статтею 4 Протоколу № 7

потрібно сприймати в тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що «по суті» є такими самими, як і ті, щодо яких було перше правопорушення. Ця гарантія набуває чинності, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набрало законної сили. При цьому перше рішення має бути «остаточним» за своєю суттю, а далі вже слід з'ясувати, чи було воно «кримінальним» у значенні статті 4(1) Протоколу № 7, витлумачене у світлі загальних принципів розуміння понять «кримінальне обвинувачення» у статті 6 і «покарання» у статті 7 ЄКПЛ. Значущими факторами в цьому випадку є: правова класифікація злочину в національному законодавстві, характер правопорушення, національна правова характеристика заходу, його мета, природа і ступінь суворості, чи застосовувався захід після засудження в межах кримінальної справи, які процедури було проведено для його прийняття і виконання. Важливим є й те, що положення статті 4 Протоколу № 7 стосуються лише рішень судів однієї й тієї самої держави [12, с. 128–129]. Порушення означеного принципу буде у разі, якщо різні провадження в кримінальних судах стосувалися однієї поведінки одних і тих самих осіб в один і той самий час (нове провадження стосовно другого «злочину» виникло з ідентичних подій, які були предметом першого й остаточного засудження) [12, с. 126].

Висновок до другого питання. Отже, на підставі наведеного аналізу не вважаю, що інститут множинності кримінальних правопорушень, зокрема повторність кримінальних правопорушень, суперечить принципу «*non bis in idem*» за відсутності обвинувального вироку суду стосовно особи за раніше вчинений злочин.

Як на мене, в цій царині криється інша проблема, зокрема порушення конституційної засади кримінального провадження – презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини у разі, якщо кваліфіковано дії особи під час постановлення вироку за кваліфікуючою ознакою «повторно» без попередньої реалізації дискреційних повноважень судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) або без постановлення обвинувального вироку в «першому провадженні», який для правильності такої кваліфікації повинен набути законної сили.

Також варто припустити та з позицій такої засади кримінального провадження, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності

вини, оцінити й таку цілком реальну ситуацію, коли, не дочекавшись постановлення вироку в «першому провадженні», інший суд, який здійснює власне провадження, кваліфікує діяння за ознакою повторності без попередньої реалізації дискреційних повноважень судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) та постановляє обвинувальний вирок. А щодо «першого провадження» інший суд постановляє виправдувальний вирок.

III. Чи можуть дискреційні повноваження судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) впливати на правову кваліфікацію діяння особи, зокрема інкримінування такої кваліфікуючої ознаки, як «повторність», у випадку, коли в суді перебуває інше кримінальне провадження, не розглянуте по суті (за обвинуваченням у вчиненні злочину, що дає підстави для такої кваліфікації), тобто за відсутності обвинувального вироку?

Частини 1-2 статті 334 КПК України уповноважують суд об'єднувати в одне провадження на підставі ухвали матеріали кримінальних проваджень щодо особи, стосовно якої цим судом уже здійснюється судове провадження. Такі дискреційні повноваження судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження, на мою думку, є єдиною винятковою ситуацією, яка передбачає за відсутності обвинувального вироку суду в «першому кримінальному провадженні», який для правомірності кваліфікації (без порушення такої конституційної засади кримінального провадження, як презумпція невинуватості) за ознакою повторності повинен набути законної сили, застосування при кваліфікації дій обвинуваченого в «наступному кримінальному провадженні» такої кваліфікуючої ознаки, як «повторність».

Саме тому повною мірою погоджуюся з правовою позицією колегії суддів Третньої судової палати Касаційного кримінального суду, викладеною в постанові від 11 грудня 2019 року (провадження № 51-4204 км 19, справа № 274/2956/17), у якій колегія суддів дійшла цілком обґрунтованого висновку, що п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», зокрема, що «для повторності немає значення, чи було особу засуджено за раніше вчинений злочин», може бути застосовано, коли всі епізоди злочинної діяльності є предметом

одного судового розгляду, оскільки за таких умов суд безпосередньо досліджує докази та у вироку робить висновок про доведеність винуватості особи одночасно за всіма епізодами злочинної діяльності, тобто за всіма злочинами, інкримінованими обвинуваченому [1].

З огляду на наведені мною вище аргументи, не можу погодитися з одним із пунктів рішення у справі № 591/4366/18 (провадження № 51-1122кмо20), яке Об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду прийняла 14 вересня 2020 року, зокрема: «...при цьому слід враховувати висновок Об'єднаної палати від 01 червня 2020 року (справа № 766/39/17, провадження № 51-8867кмо18) про те, що в такому випадку слід керуватися саме часом постановлення попереднього вироку, а не часом набрання ним законної сили» [4]. На моє переконання, з огляду на вимоги частини 1 статті 17 КПК України, для правомірності кваліфікації протиправних дій за ознакою повторності обвинувальний вирок у «першому кримінальному провадженні» повинен набути законної сили. При цьому, зважаючи на складність та неоднозначність розглядуваної ситуації, сприймаю перелік аргументів на користь цитованої мною вище позиції Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

Револьюційною можу назвати загалом правову позицію Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду, викладену в її рішенні від 14 вересня 2020 року у справі № 591/4366/18 (провадження № 51-1122кмо20), зокрема, що «...єдиною підставою для здійснення кримінально-правової кваліфікації дій особи за кваліфікуючою ознакою “повторно” без постановлення обвинувального вироку суду стосовно цієї особи за першим епізодом, який дає підстави для кваліфікації ознаки “повторно”, є розгляд першого і наступних однорідних або тотожних злочинів у одному кримінальному провадженні».

Таким чином, у ситуації, коли в одному кримінальному провадженні розглядається два і більше епізоди вчинення тотожних чи однорідних злочинів, для повторності злочинів не має значення, була чи не була особа засуджена за раніше вчинений злочин. Проте у випадку розгляду різних кримінальних проваджень стосовно однієї особи, така обставина має значення, а тому повторність має місце лише у разі постановлення щодо особи обвинувального вироку за тотожний чи однорідний злочин в іншому кримінальному провадженні» [4]. Підтримую

такий підхід Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду, за винятком упущення суддями позиції, що обвинувальний вирок суду повинен набрати законної сили. Не поділяю позиції, що слід керуватися саме часом постановлення попереднього вироку, а не часом набрання ним законної сили.

Висновок до третього питання. З огляду на викладене, вважаю, що лише реалізація суддею своїх дискреційних повноважень щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) є єдиною винятковою ситуацією, яка передбачає за відсутності обвинувального вироку суду в «першому кримінальному провадженні», який для правомірності кваліфікації за ознакою повторності повинен набути законної сили, застосування при кваліфікації дій обвинуваченого в «наступному кримінальному провадженні» такої кваліфікуючої ознаки, як «повторність».

Висновки

1. Під «вчиненням» з огляду на положення частини 1 статті 32 КК України, частин 1, 5 статті 17 КПК України, а саме в **контексті**: «Повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу» слід розуміти факт постановлення стосовно особи обвинувального вироку, який набрав законної сили, що дає підстави кваліфікувати її дії з урахуванням повторності.

З огляду на таку *конституційну* засаду кримінального провадження, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, логічним був би виклад статті 32 КК України та інших суміжних статей кримінального законодавства із вживанням законодавцем **підходу**, що впливає з означеної *конституційної* засади кримінального провадження, – «...вина якої у вчиненні кримінального правопорушення встановлена обвинувальним вирок суду, що набрав законної сили» – та відповідним чином дефініційованого поняття «вчинене» замість «вчинення» з «дотриманням логіки функціонування

кримінального права, яка передбачає “ex post facto” оцінку поведінки людини»².

2. Не вважаю, що інститут множинності кримінальних правопорушень, зокрема повторність кримінальних правопорушень, суперечить принципу «non bis in idem» за відсутності обвинувального вироку суду стосовно особи за раніше вчинений злочин. Як на мене, в цій царині є інша проблема, зокрема порушення конституційної засади кримінального провадження – презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини у разі, якщо кваліфіковано дії особи за кваліфікуючою ознакою «повторно» без попередньої реалізації дискреційних повноважень судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) або без постановлення обвинувального вироку в «першому провадженні», який для правомірності такої кваліфікації повинен набути законної сили.

Також варто припустити та з позиції такої засади кримінального провадження, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, оцінити й таку цілком реальну ситуацію, коли, не дочекавшись постановлення вироку в «першому провадженні», інший суд, який здійснює власне провадження, кваліфікує діяння за ознакою повторності без попередньої реалізації дискреційних повноважень судді щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) та постановляє обвинувальний вирок. А щодо «першого провадження» інший суд постановляє виправдувальний вирок.

3. З огляду на викладене, вважаю, що лише реалізація суддею своїх дискреційних повноважень щодо об'єднання кримінальних проваджень в одне провадження (відповідно до вимог статті 334 КПК України) є єдиною винятковою ситуацією, яка передбачає за відсутності обвинувального вироку суду в «першому кримінальному провадженні», який для правомірності кваліфікації за ознакою повторності повинен набути законної сили, застосування при кваліфікації дій обвинуваченого в «наступному кримінальному провадженні» такої кваліфікуючої ознаки, як «повторність».

² Доповнення рецензента.

Список використаної літератури

1. Постанова Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 11 грудня 2019 року (провадження № 51-4204 км 19, справа № 274/2956/17). *Єдиний державний реєстр судових рішень у формі відкритих даних*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> (дата звернення: 09.10.2020).
2. Постанова Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10 липня 2018 року (провадження № 51-2475 км 18, справа № 545/3663/16-к). *Єдиний державний реєстр судових рішень у формі відкритих даних*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> (дата звернення: 09.10.2020).

3. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 лютого 2019 року (провадження № 51-5205 км 18, справа № 695/136/17). *Єдиний державний реєстр судових рішень у формі відкритих даних*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> (дата звернення: 09.10.2020).
4. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 14 вересня 2020 року у справі № 591/4366/18 (провадження № 51-1122кмо20). *Єдиний державний реєстр судових рішень у формі відкритих даних*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> (дата звернення: 09.10.2020).
5. Звернення судді Верховного Суду до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді із реєстраційним вхідним номером Верховного Суду 359/0/26-20 від 23.06.2020.
6. Басиста І. Щодо можливості кваліфікувати дії особи під час постановлення вироку за кваліфікуючою ознакою «повторно»: Науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді д.ю.н., професора Ірини Басистої від 5 вересня 2020 року за зверненням судді Верховного Суду із реєстраційним вхідним номером Верховного Суду 359/0/26-20 від 23.06.2020.
7. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 (у редакції від 25.09.2020). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 09.10.2020).
8. Загінєй З. Початок перебігу строків давності за вчинення триваючих злочинів. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2019. № 1(21). С. 22–31. URL: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/1-2019/zaginej.pdf> (дата звернення: 09.10.2020).
9. Бурдін В. М. До питання про момент закінчення продовжуваних та триваючих злочинів. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2013. № 1. С. 81–95.
10. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 (у редакції від 11.09.2020). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8> (дата звернення: 09.10.2020).
11. Навроцький В. Загальні засади проєкту КК України. *Програма Міжнародної науково-практичної конференції «Теорія та практика протидії злочинності у сучасних умовах»*, Львівський державний університет внутрішніх справ, 6 листопада 2020 року. URL: http://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/prog_06_11_2020.pdf (дата звернення: 09.10.2020).
12. Дроздов О. *Non bis in idem* – європейський орієнтир для забезпечення сталості та єдності судової практики Верховним Судом (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). *Право України*. 2017. № 6. С. 110–132.

References

1. Postanova Tretoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu vid 11 hrudnia 2019 roku (provadzhennia № 51-4204 km 19, sprava № 274/2956/17) [Ruling of the Third judicial division of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court (proceeding No. 51-4204 km 19, case No. 274/2956/17)]. (2019, December 11). *Unified state register of court decisions in the form of open data*. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> [in Ukrainian].
2. Postanova Pershoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu vid 10 lyupnia 2018 roku (provadzhennia № 51-2475 km 18, sprava № 545/3663/16-k) [Ruling of the First judicial division of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court (proceeding No. 51-2475 km 18, case No. 545/3663/16-k)]. (2018, July 10). *Unified state register of court decisions in the form of open data*. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> [in Ukrainian].
3. Postanova Druhoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu vid 27 liutoho 2019 roku (provadzhennia № 51-5205 km 18, sprava № 695/136/17) [Ruling of the Second judicial division of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court (proceeding No. 51-5205 km 18, case No. 695/136/17)]. (2019, February 27). *Unified state register of court decisions in the form of open data*. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> [in Ukrainian].
4. Postanova Obiednanoi palaty Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu vid 14 veresnia 2020 roku u spravi № 591/4366/18 (provadzhennia № 51-1122kmo20) [Ruling of the amalgamated division of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court (proceeding No. 51-1122kmo20, case No. 591/4366/18)]. *Unified state register of court decisions in the form of open data*. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91702523> [in Ukrainian].
5. Zvernennia suddi Verkhovnoho Sudu do chleniv Naukovo-konsultatyvnoi rady pry Verkhovnomu Sudu iz reiestratsiinym vkhidnym nomerom Verkhovnoho Sudu 359/0/26-20 vid 23.06.2020 [Appeal of a judge of the Supreme Court to the members of the Academic Advisory Council under the Supreme Court with the Supreme Court's registration entry number 359/0/26-20 dated 23/06/2020] [in Ukrainian].
6. Basysta, I. (2020). Shchodo mozhyvosti kvalifikuvaty dii osoby pid chas postanovlennia vyroku za kvalifikuiuchoiu oznakoiou "povtorno": Naukovyi vysnovok chlena Naukovo-konsultatyvnoi rady pry Verkhovnomu Sudu d.i.u.n., profesora Iryny Basystoi vid 5 veresnia 2020 roku za zvernenniam suddi Verkhovnoho Sudu iz reiestratsiinym vkhidnym nomerom Verkhovnoho Sudu 359/0/26-20 vid 23.06.2020 [Regarding the possibility to qualify a person's actions during the sentencing on the qualification basis "repeatedly": Scientific opinion of a member of the Academic Advisory Council under the Supreme Court, Doctor of Law, Professor Iryna Basysta of September 5, 2020] [in Ukrainian].
7. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [The Criminal Code of Ukraine]. (2001, April 5). Edited from 25.09.2020. [zakon.rada.gov.ua](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> [in Ukrainian].
8. Zahynei, Z. (2019). Beginning of the limitation period for committing the ongoing crimes. *Naukovyi chasopys Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy – Scientific journal of the National Academy of the Prosecutor's Office of Ukraine*, 1(21), 22–31. <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/1-2019/zaginej.pdf> [in Ukrainian].
9. Burdin, V. (2013). Do pytannia pro moment zakinchennia prodovzhuvanykh ta tryvaiuchykh zlochyv [On the question of the end of ongoing crimes]. *Visnyk Luhanskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav imeni E. O. Didorenka – Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E. O. Didorenko*, 1, 81–95. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlduvs_2013_1_11 [in Ukrainian].
10. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Criminal Procedure Code of Ukraine]. (2012, April 13). Edited from 11.09.2020. [zakon.rada.gov.ua](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8). <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8> [in Ukrainian].
11. Navrotskyi, V. (2020). Zahalni zasady proiektu KK Ukrainy [General principles of the draft Criminal Code of Ukraine]. *Prohrama Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii "Teoriia ta praktyka protydii zlochyvosti u suchasnykh umovakh" [Programme of the International scientific and practical conference "Theory and practice of crime counteraction under current conditions"*, November 6, 2020], Lviv State University of Internal Affairs. http://www.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/biblioteka/nauk_konf/prog_06_11_2020.pdf [in Ukrainian].
12. Drozdov, O. (2017). *Non bis in idem* – the European Reference Point for Ensuring Constancy and Unity of Court Practice by the Supreme Court (on Materials of Practice of the European Court of Human Rights). *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 6, 110–132 [in Ukrainian].

Iryna Basysta

CLASSIFYING ACTIONS IN SENTENCING BASED ON THE CLASSIFYING CRITERION “REPEATED”: CORRELATION BETWEEN CRIMINAL PROCEDURAL AND CRIMINAL LAW ASPECTS

Presently, different judicial divisions of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court offer varying legal conclusions concerning the possibility to classify the actions of a person when sentencing based on the criterion of classification “repeated” varies. This conclusion follows from the analysis of the judicial Decree as of December 11, 2019 (Proceeding No. 51-4204 км 19, Case No. 274/2956/17) of the Third judicial division of the Criminal Cassation Court, the Decree of the First judicial division of the Cassation Criminal Court as of July 10, 2018 (Proceeding No. 51-2475 км 18, Case No. 545/3663/16-к), and of the Decree as of February 27, 2019 (Proceeding No. 51-5205 км 18, Case No. 695/136/17) of the Second judicial division of the Criminal Cassation Court.

Due to such a state of affairs, the already amalgamated division of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court was making its own decision in Case No. 591/4366/18 (Proceeding No. 51-1122 кмо 20) on September 14, 2020. Yet, my opinion is that not all arguments and statements of facts provided in this decree can be agreed on without questions.

In the process of the research, it was proved that the situation of the judge’s practicing their discretion powers concerning merging criminal proceedings into one proceeding (according to the requirements of Article 334 of the Criminal Procedural Code of Ukraine) is the only exceptional situation that provides for, in absence of the court’s guilty verdict in “the first criminal proceeding,” which for the legal classification of the repeated offence must take a legal effect, using the criterion of classifying the actions of the accused as “repeated” in the “next criminal proceeding.” Otherwise, we should be discussing violation of the constitutional foundation of presumption of innocence in the criminal proceeding and a securing proof of guilt.

Keywords: repeated criminal offences, multiple, classifying offences, presumption of innocence and securing proof of guilt, “non bis in idem”, discretionary powers of judge.

Матеріал надійшов 12.10.2020



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)