Конституційні права і свободи та деякі проблеми цивільного та кримінального права

УДК 343.238

Сахарук Т.В.,
викладач кафедри кримінального права та кримінології Харківського національного університету внутрішніх справ

Смелік В.Б.,
старший оперуповноважений з особливо важливих справ Департаменту по боротьбі з торгівлею людьми та нелегальною міграцією МВС України (Київ)

Множинність злочинів як обставина, що впливає на вибір міри покарання судом

Загострення криміногенної обстановки в країні в останні роки вимагає прийняття рішучих заходів з протидії злочинності. При цьому слід враховувати системність останньої, яка виявляється, зокрема, у наявності різноманітних зв'язків між злочинними діяннями. Одним з поширених випадків виявлення такого зв'язку є вчинення декількох злочинів однією особою. Так, за даними МВС, в 2002 році частка осіб, які раніше вчинили злочини, складає п'яту частину (65,2 тис.) злочинів, які розслідуються, половина з них відноситься до тяжких і особливо тяжких діянь [11].

З огляду на це велику превентивну роль відіграє покарання, що призначається за вчинені злочини. Від того, наскільки воно відповідатиме суспільній небезпеці вчиненого діяння та особливо особі винного, певною мірою залежить, чи буде майбутня поведінка особи законослухняною, чи навпаки - протиправною.

У ст. 55 Конституції України визначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом [1]. Загальна декларація прав людини у ст. 7 визначає, що кожна людина має право, на основі повної рівності, на те, щоб її справа була розглянута прилюд-

но і **з додержанням усіх вимог справедливості** незалежним і безстороннім судом (ст. 10) [2].

Проте кримінальне законодавство України містить ряд недоліків, які стосуються положень щодо визначення множинності злочинів та призначення покарання за правилами сукупності, що часто веде до порушення принципу справедливості призначення покарання. Недосконалість відчувається у термінології, що застосовується для відображення кваліфікуючої ознаки повторності, у засобах встановлення підвищеного покарання за кваліфікований злочин, у встановленні кваліфікованих ознак, що містять самостійні склади злочинів, у призначенні покарання за правилами сукупності та відповідності такого покарання цілям покарання і багатьох інших питаннях.

Проблеми множинності злочинів та призначення покарання за її наявності привертали до себе увагу багатьох вчених, зокрема: М.І. Бажанова, А.В. Васильєвського, Б.В. Волженкіна, Є.В. Благова, Т. Губаєвої, В. Малкова, І.І. Карпеця, Ю.А. Красикова, Л.Л. Круглікова, Т.А. Леснієвскі-Костарьової та ін. Кожен з авторів пропонував власне бачення існування та значимості інституту множинності злочинів в кримінальному праві, досліджував різноманітні аспекти питань, які розглядаються.

В рамках цієї статті пропонується: розглянути недоліки законодавства та судової практики стосовно визначення множинності, а також призначення покарання за множинність злочинів; проаналізувати зарубіжні законодавство та практику з цієї проблеми; довести необхідність реформування національного кримінального законодавства з даного приводу.

Множинність злочинів у кримінальному законодавстві відображається в двох аспектах:

1. як кваліфікуюча ознака злочину зі встановленням більш суворого покарання в санкції статті;

2. як обставина, що обтяжує покарання (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК України).

Так, з 340 статей Особливої частини КК 83 статті містять ознаку повторності (тобто кожна четверта, або 24 %). При цьому законодавець в одних випадках встановлює кримінальну відповідальність за повторність незалежно від ознаки судимості винного (64), в інших - за вчинення злочину повторно після засудження за цей злочин (20).

Повторність як кваліфікуюча ознака встановлюється лише за тотожні та однорідні злочини. У випадку вчинення різнорідних злочинів покарання призначається за кожен злочин окремо і визначається загальне покарання за правилами сукупності злочинів. У тому випадку, коли законодавець не визначає повторність тотожних та однорідних злочинів як кваліфікуючу ознаку, покарання також призначається за правилами сукупності злочинів. Таким чином, в разі вчинення декількох злочинів, покарання, з одного боку, призначається з урахуванням кваліфікуючої ознаки повторності, що впливатиме на його міру та умови. З іншого боку, за вчинення декількох злочинів може бути призначене покарання за правилами сукупності без врахування ознаки повторності.

У чинному законодавстві не існує обґрунтування, в яких випадках повинна бути передбачена окрема кримінальна відповідальність за вчинення повторного злочину, а в яких - ні. Наприклад, незрозумілим є те, що законодавець встановлює кваліфікуючу ознаку повторності при умисному вбивстві, катуванні, але не встановлює її при заподіянні умисних тілесних пошкоджень, побоїв та мордуванні, хоча всі ці злочини знаходяться в одному розділі КК, мають єдиний родовий об'єкт – життя та здоров'я людини.

Повторність, у разі коли вона не зазначена як кваліфікуюча ознака, може бути врахована суддею як обставина, що обтяжує покарання. Однак, слід наголосити, що це є правом судді, і він може не враховувати дану обставину, як таку, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку.

Нерідко Пленум Верховного Суду України звертає увагу суддів на помилкове застосування повторності або рецидиву, як обставин, що обтяжують покарання, в той час, коли кваліфікація злочинів, вчинених винним, вже містить кваліфікуючу ознаку повторності [10, с. 57-61]. Однак, практика залишається на своїх позиціях. З проаналізованих 316 кримінальних справ, де діяння винного кваліфіковані за ознакою повторності, у 153 зустрічається посилання на повторність, як обставину, що обтяжує покарання[1]. Здається, що положення закону (ст. 67 ч. 4 КК) не є обов'язковими для судів. На таку помилку звертали увагу і вчені [6, с. 12-14]. Однак,

[1] Досліджувалися справи по м. Харкову про найбільш поширені злочини, де кваліфікація відбувалася за КК 2001 р. З 521 кримінальної справи повторність злочинів зустрічається в 316 випадках. З них повторність як обтяжуюча обставина зустрічається в 153 випадках.

стереотипи судової практики не дають можливості швидко поступитися положенням закону.

Двічі враховуються ознаки одного й того ж самого діяння при встановленні кваліфікуючої ознаки у вигляді окремого складу злочину, наприклад: вбивство, поєднане із зґвалтуванням, умисне знищення або пошкодження чужого майна, що спричинило загибель людей. В таких випадках застосовуються правила сукупності, а додаткове підвищення відповідальності за кваліфікуючою ознакою вважається несправедливим.

За змістом ст. 32 КК не може вважатись повторністю і відповідно тягнути обтяження покарання вчинення різнорідних злочинів, хоча суспільна небезпека останніх може бути навіть вищою, ніж тотожних або однорідних. Такі прогалини в законодавстві створюють додаткові можливості застосування судами права судового розсуду, що послаблює авторитет закону.

З даного приводу заслуговує на увагу точка зору авторів Модельного Кримінального кодексу держав-учасниць СНД, які взагалі відмовилися від ознаки повторності [8]. Таке рішення було обґрунтоване тим, що при вчиненні декількох однорідних злочинів, другий злочин кваліфікується з урахуванням кваліфікуючої ознаки повторності, і покарання за нього визначається з урахуванням цієї ознаки. Остаточне покарання визначається за правилами сукупності. Таким чином, кваліфікуюча ознака повторності враховується двічі при призначенні покарання за один і той самий злочин [9, с. 21]. Тобто, покарання призначається за кожен злочин окремо, але другий злочин несе в собі ще й ознаку першого злочину – повторність після першого. Згідно Модельного КК вчинення злочину повторно повинно враховуватися як характеристика особи, що вчинила злочин, і в свою чергу впливатиме на призначення покарання в межах відносно-визначеної санкції. Повторність є характеристикою саме особи винного і в законодавстві зарубіжних країн[1].

Іншим моментом недосконалості законодавчої практики є правила призначення покарання за тотожні злочини. Так, якщо особа вчинила крадіжку, і до моменту засудження знову вчинила крадіжку, її дії слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 185 КК. Більше того,

[1] Наприклад, в США та Канаді в Правилах призначення покарання повторність відноситься до характеристик особи, що вчинила злочин. Більш докладно про це див.: Kevin R. Reitz, *Sentencing Facts: Travesties of Real-Offense Sentencing* // STAN. L. REV. – 1993. – № 45. – P. 523, 536.

якщо особа буде продовжувати вчиняти тотожні дії, все одно покарання призначатиметься в рамках санкції однієї статті. В той же час, у разі вчинення особою грабежу, а потім крадіжки, дії винного кваліфікуватимуть за ч. 1 ст. 186 та ч. 2 ст. 185 КК. В такому випадку суддя зобов'язаний застосувати правила сукупності при призначенні покарання. В той же час суспільна небезпека діянь та особи винного може бути значно вищою в першому випадку, ніж у другому. Причому при повторності тотожних злочинів покарання призначається в рамках санкції норми незалежно від того, чи це повторність не пов'язана з засудженням чи рецидив злочинів. Таким чином, момент засудження не відіграє ніякої ролі для призначення покарання, хоча вважається, що рецидив свідчить про більшу суспільну небезпеку злочинця.

В законодавстві встановлені окремі правила призначення покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 КК) та сукупністю вироків (ст. 71 КК). Слід відмітити, що у ст. 70 КК вживається поняття сукупності злочинів, яке має чітке законодавче визначення (ч. 1 ст. 33 КК). Порівняння змісту цих статей свідчить, що під «сукупністю злочинів» за ст. 70 КК розуміється сукупність будь-яких злочинів (тотожних, однорідних, різнорідних), що свідчить про необхідність керуватися цими правилами і при призначенні покарання за повторні злочини. Це ще раз підтверджує зайвість визнання повторності кваліфікуючою ознакою та обставиною, що обтяжує покарання.

Наступною проблемою, пов'язаною з існуванням повторності в законодавстві є наявні розбіжності у формулюванні самої кваліфікуючої ознаки повторності. Використовуються словосполучення: «та сама дія», «ті самі дії», «те саме діяння», «ті самі діяння», «дії, передбачені ч. 1 цієї статті», «дії, передбачені частинами 1 або 2 цієї статті» та безпосереднє зазначення виду злочину «розбій», «зґвалтування» тощо. Крім того, вживаються й інші терміни та їх словосполучення, такі як: «повторно», «повторно щодо 2 чи більше осіб», «особою раніше судимою», «особа, яка раніше була засуджена», «особою, яка раніше вчинила ...». Відносно ж особи, що раніше вчинила злочин, вказується конкретний вид злочину (розбій або бандитизм), «будь-який зі злочинів, передбачених статтями ... цього Кодексу», «один зі злочинів, передбачених статтями...». Стосовно особи, раніше судимої (чи такої, яка раніше була засуджена), - «за злочин передбачений цією статтею», «за цей злочин», «за хуліганство», «за зараження венеричною хворобою», «за такий самий злочин», «за цією статтею».

Таке різноманіття переслідує, напевно, мету відокремлення різних видів повторності (однорідних, тотожних, різнорідних злочинів; пов'язаної з судимістю та не пов'язаної). Проте, з точки зору юридичної техніки, слід було б використовувати при цьому одні й ті ж терміни.

Наступною перепоною застосування інституту повторності є те, що згідно з позицією законодавця, на визнання злочину як вчиненого повторно іноді впливає порядок вчинення особою злочинних посягань. Так, якщо винним вчинений злочин, передбачений ст. 317 КК, а потім злочин, що кваліфікується за ст. 318 КК за Законом ми маємо констатувати наявність повторності. Якщо ці ж злочини вчинені у зворотному порядку, то *незаконне виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів (ст. 318 КК)* не буде кваліфікуватись як вчинене повторно. Теоретично ці злочинні посягання відносяться до однорідних, але правило повторності однорідних злочинів тут не діє.

Не існує єдиного підходу щодо того, яким чином підвищувати міру покарання у санкції статті за злочини, вчинені повторно. Законодавець використовує різні прийоми. Вони стосуються: (А) змін «всередині» певного виду покарання та (Б) зміни конструкції санкції. До першого відносяться: встановлення мінімального покарання за кваліфікований злочин рівного максимальному покаранню за некваліфікований злочин (ст. 110 КК), встановлення нижчої межі, вищої за вищу за некваліфікований злочин (ч. 1 ст. 209), за кваліфікований злочин підвищується лише максимальна межа (ст. 109 КК), підвищується лише мінімальна межа (ст. 115 КК), встановлюється нижня межа та підвищується вища (ст. 153 КК), підвищується нижня та верхня межі (ст. 199 КК). Стосовно змін в конструкції санкції, виділяють: заміна більш суворим покаранням (ст. 169 КК), встановлення альтернативного більш суворого покарання (ч. 1 ст. 115), встановлення додаткового покарання (ст. 368 КК).

Таким чином, в деяких випадках за вчинення злочину повторно може бути призначене покарання нижче, ніж за вчинення злочину вперше.

Таке положення суперечить принципу, що діє в американському праві, згідно з яким кожна обставина вчиненого злочину чи характеристика особи винного повинна підсилювати або знижувати покарання [4, с. 1].

Так, у Федеральних правилах призначення покарання детально визначено, яким чином повинно підвищуватися покарання при наявності судимості у особи, яка вчинила злочин. В §4А1.1. вказано, що до загального рівня злочину[1] необхідно додати 3 за кожний попередній злочин, якщо строк позбавлення волі за нього складає хоча б 1 рік та 1 місяць; додати 2, якщо покарання складає не менше 60 днів; додати 2, якщо підсудний вчинив злочин під час відбування покарання, включаючи пробацію, умовно-дострокове звільнення, ув'язнення або втечу; додати 2, якщо підсудний вчинив злочин менше ніж через 2 роки після звільнення з місць позбавлення волі, та ін. [7].

Крім того, чітко визначені поняття професійного злочинця та особи, яка займається злочинною діяльністю, як засіб проживання (промисел). Також визначений мінімальний рівень злочину для таких осіб та ступінь підвищення покарання за наявності певних обставин (§4В1.1. - §4В1.3.) [7].

Для осіб, що вчинили злочин не вперше, існує більша ймовірність призначення покарання, пов'язаного з позбавленням волі. Так, в США в 1998 р. покарання у вигляді позбавлення волі було призначено 41 % осіб, які мали одну судимість, 53 % - дві судимості, 64 % - три судимості [3].

В штаті Нью-Йорк у 2001 р. середня тривалість ув'язнення складала 40,4 місяці. В той же час цей показник для найбільш небезпечних злочинців складав – 51 міс., для осіб, які вже вчиняли злочини – 43 міс [5].

Практика призначення покарання за сукупністю злочинів або сукупністю вироків в Україні свідчить про інше. За нашими даними майже у 80 % випадків призначення покарання за сукупності злочинів суд використовує правило поглинання. Таким чином, особа відбуває покарання фактично за один злочин. Вчинення ж інших, навіть декількох злочинів, не впливатиме на покарання взагалі. Згідно правилу призначення покарання за сукупністю вироків суддя має право повністю або частково приєднати строк покарання за новим вироком до строку за попередній злочин. На практиці, здебільшого, використовується часткове складання. Середній строк

[1] Згідно Федеральних правил призначення покарання, суспільна небезпечність кожного злочину визначається в рівнях злочину, до яких додаються додаткові бали за наявності обтяжуючих факторів, або цей рівень зменшується за наявності пом'якшуючих факторів.

частки, що приєднується, становить 6 місяців. Зустрічаються і випадки приєднання 1 місяця позбавлення волі.

В Апеляційному суді Харківської області встановилася практика призначення довічного позбавлення волі за вчинення умисного вбивства особою, що була судима за умисне вбивство. Так, у 2002 році Апеляційним судом було розглянуто 18 кримінальних справ за ч.2 ст. 115 КК. В 6 з них особа вчинила умисне вбивство після вчинення умисного вбивства або вбивство двох або більше осіб. В усіх випадках суд призначав довічне позбавлення волі. Тут спостерігається певна однаковість у судовій практиці. В той же час, якщо поряд із вбивством вчиняються інші злочини, не пов'язані із позбавленням життя іншої особи, як правило, покарання за умисний злочин поглинає всі інші строки. Фактично особа відбуває покарання лише за вбивство. Всі інші злочини залишаються безкарними. Таким чином нівелюється принцип невідворотності покарання, губиться превентивний ефект покарання.

Виходячи з вищенаведеного, слід замислитися над правилами призначення покарання за сукупністю злочинів та сукупністю вироків. Перспективними в плані подальших наукових досліджень видається наукове обґрунтування правил підвищення розміру кримінального покарання при встановленні кваліфікуючої ознаки повторності. Потребують вивчення критерії та підстави встановлення кваліфікуючої ознаки повторності. Заслуговує на увагу визначення єдиної термінології в законодавстві стосовно множинності злочинів. Основна увага повинна приділятися додержанню прав людини при призначенні покарання за множинність злочинів.

Література

1. Конституція України. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.

2. Загальна декларація прав людини // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi

3. Matthew R. Durose, Patrick A. Langan State Court Sentencing of Convicted Felons. 1998 Statistical Tables //

http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/scsc98st.htm (відвідана в останнє 11.05.2005).

4. Robinson P.H. A Sentencing System for the 21st Century? – Texas Law Review. – 1987. – № 66.

5. Statistical Summary of Adult Felony Sentencing //

http://www.sgc.wa.gov (відвідана в останнє 11.05.2003).

6. Волженкин В.Б. Принцип справедливости и проблемы множественности преступлений по УК РФ // Законность. – 1998. – № 12.

7. Кримінальний кодекс США. Титул 18. § 3553(а)(2) // http://uscode.house.gov/title_18.htm (відвідана в останнє 10.11.2005).

8. Модельный Уголовный кодекс для стран СНГ // Правоведение. – 1996. – № 1.

9. Новое уголовное законодательство стран СНГ и Балтии: Сборник научных статей / Под ред. Л.Л. Кругликова, Н.Ф. Кузнецовой. – М.: ЛексЭст, 2002. – 464 с.

10. Постанова Пленуму Верховного суду України № 5 від 29.06.1984 “Про практику застосування судами України законодавства про повторні злочини” // Бюлетень законодавства і юридичної практики. – 1995. – № 1.

11. Стан правопорядку в Україні. Основні результати діяльності органів внутрішніх справ та внутрішніх військ в 2002 році. – Аналітичні матеріали. – 2003.