

## МІРКУВАННЯ ЩОДО КВАЛІФІКАЦІЇ ДІЙ ВИННИХ ОСІБ ЗА Ч. 2 СТ. 309 КК ЗА НАЯВНОСТІ ТАКОЇ КВАЛІФІКУЮЧОЇ ОЗНАКИ, ЯК ВЧИНЕННЯ ТИХ САМИХ ДІЙ ПРОТЯГОМ РОКУ ПІСЛЯ ЗАСУДЖЕННЯ ОСОБИ ЗА ЦЬЮ СТАТТЕЮ

### CONSIDERATIONS REGARDING THE QUALIFICATION OF THE ACTIONS OF GUILTY PERSONS ACCORDING TO PART 2 OF ART. 309 OF THE CRIMINAL CODE IN THE PRESENCE OF SUCH A QUALIFYING SIGN AS COMMITMENT OF THE SAME ACT WITHIN A YEAR AFTER THE PERSON WAS CONVICTED UNDER THIS ARTICLE

Зеленов Г.М., к.ю.н., доцент,  
начальник управління аналітичної допомоги касаційним судам  
та Великій Палаті Верховного Суду департаменту аналітичної та правової роботи  
*Апарат Верховного Суду*

У статті проаналізовано зміни, які було внесено до частини другої статті 309 Кримінального кодексу України. У результаті цих змін з цієї частини було виключено такі кваліфікуючі ознаки, як вчинення тих самих дій повторно чи особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 Кримінального кодексу України, та додано таку кваліфікуючу ознаку, як вчинення тих самих дій протягом року після засудження за цією статтею. Ці зміни мали значний вплив на кваліфікацію дій винних осіб як на стадії судового розгляду в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій так і на стадії виконання вироку.

У статті проаналізовано випадки, коли особа обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною другою статті 309 Кримінального кодексу України за ознакою фактичної повторності однорідних кримінальних правопорушень, вчинених до набрання чинності нової редакції цієї частини або засуджена за їх учинення до вказаного часу, а також випадки, коли особа обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною другою статті 309 цього Кодексу за ознакою юридичної повторності тотожних кримінальних правопорушень.

Також розглядається питання врахування в частині другій статті 309 Кримінального кодексу України диференційованих строків давності (стаття 49 цього Кодексу), закінчення яких зумовлює відміну всіх кримінально-правових наслідків вчиненого попереднього кримінального правопорушення, а також врахування строків погашення судимості (стаття 89 цього Кодексу).

Аналіз змін, внесених до частини другої статті 309 Кримінального кодексу України, дозволяє зробити висновок, що вони не узгоджуються з іншими положеннями цього Кодексу і скоріше притаманні адміністративному деліктному законодавству. У зв'язку із цим пропонується розглянути питання відновлення попередньої редакції цієї частини.

**Ключові слова:** фактична повторність, юридична повторність, наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги, кваліфікуюча ознака, кваліфікований склад злочину, зворотна дія закону в часі.

The article analyzes the changes made to part 2 of Article 309 of the Criminal Code of Ukraine. As a result of these changes, qualifying features such as committing the same actions repeatedly or by a person who previously committed one of the crimes provided for in Articles 307, 308, 310, 317 of the Criminal Code of Ukraine were excluded from this part, and such qualifying feature was added as committing the same acts within one year after conviction under this article. These changes had a significant impact on the qualification of the actions of guilty persons both at the stages of trial in the courts of the first, appeal and cassation instances and at the stage of execution of the sentence.

The article analyzes cases when a person is accused of committing a criminal offense provided for by part 2 of Article 309 of the Criminal Code of Ukraine on the basis of actual repetition of similar criminal offenses committed before the new version of this part was entered or convicted for their commission before the specified time, as well as cases when a person is accused of committing a criminal offense provided for by part 2 of Article 309 of this Code on the basis of legal repetition of identical criminal offenses.

The question of taking into account in part 2 of Article 309 of the Criminal Code of Ukraine differentiated statutes of limitations (Article 49 of this Code), the end of which presupposes the cancellation of all criminal legal consequences of a previous criminal offense, as well as taking into account the terms of repayment of a criminal record (Article 89 of this Code), is also being considered.

The analysis of the changes made to part 2 of Article 309 of the Criminal Code of Ukraine allows us to conclude that they are not consistent with other provisions of this Code and rather belong to administrative tort legislation. In this regard, it is proposed to consider the issue of restoring the previous version of this part.

**Key words:** actual repetition, legal repetition, narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues, qualifying feature, qualified composition of the crime, retrospective effect of the law in time.

**Постановка проблеми.** Законом України від 22 листопада 2018 року № 2617-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» [3] (далі – Закон № 2617-VIII), який набрав чинності 1 липня 2020 року, диспозиція ч. 2 ст. 309 Кримінального кодексу України [6] (далі – КК) була викладена в новій редакції, з якої було виключено дві кваліфікуючі ознаки: «повторно» (повторність тотожних злочинів) та «особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 цього Кодексу» (повторність однорідних злочинів) та передбачено одну кваліфікуючу ознаку – «вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 309 КК протягом року після засудження за цією статтею». У зв'язку із цим постало питання щодо правильної кваліфікації дій винних осіб за ч. 2 ст. 309 КК у разі наявності відповідної кваліфікуючої ознаки.

**Метою статті** є розгляд питань кваліфікації дій винних особи за ч. 2 ст. 309 КК після набрання чинності Законом № 2617-VIII за наявності такої кваліфікуючої ознаки, як ті самі дії, вчинені особою протягом року після її засудження за цією статтею.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Одразу треба сказати, що зазначена кваліфікуюча ознака використовується лише у ч. 2 ст. 309 КК та, очевидно, запозичена з Кодексу України про адміністративні правопорушення [4] (далі – КУпАП). У цьому Кодексі засобом, що диференціює відповідальність за вчинення адміністративних правопорушень у багатьох статтях названо: «вчинення дій повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення за порушення, передбачені частиною першою статті». Логіка включення цієї кваліфікуючої ознаки у статті КУпАП зрозуміла. Адже відповідно до ст. 39 КУпАП встановлюється строк давності накладення

адміністративного стягнення та передбачається, що особа, піддана адміністративному стягненню, яка протягом року з дня закінчення виконання стягнення не вчинила нового адміністративного правопорушення, вважається такою, що не була піддана адміністративному стягненню.

Відповідно до КУпАП кваліфікуюча ознака адміністративних правопорушень, яка передбачає вчинення дій повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення за порушення, передбачені частиною першою конкретної статті, має місце у випадку, якщо особа вчинила повторне правопорушення після попереднього скоєння аналогічного діяння, яке зберігає свої юридичні наслідки у виді встановленого у ст. 39 КК однорічного строку погашення наслідків попередньо накладеного адміністративного стягнення.

Водночас у КК існує інститут повторності. Згідно з ч. 1 ст. 32 КК повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу. Як зазначено у ч. 4 цієї статті, 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.

Повторність характеризується рядом ознак, зокрема: 1) вчинення особою кількох самостійних кримінальних правопорушень (тотожних або однорідних); 2) незалежно від засудження особи за вчинення попереднього кримінального правопорушення; 3) збереження хоча б за два кримінальних правопорушення кримінально-правові наслідки [5, с. 254–256].

У ч. 2 ст. 309 КК у попередній редакції повторність мала місце у випадку вчинення особою злочину, передбаченого ст. 309 КК (яка в теорії кримінального права іменується повторністю тотожних злочинів) та злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 цього Кодексу (яка в теорії кримінального права іменується повторністю однорідних злочинів). Кваліфікуюча ознака ч. 1 ст. 309 КК у чинній редакції стосується повторного вчинення особою виключно кримінального правопорушення, передбаченого ст. 309 КК (тобто повторність тотожних кримінальних правопорушень) [5, с. 256].

Тому якщо особа, яка обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК за ознакою фактичної повторності однорідних злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 цього Кодексу, вчинених до набрання чинності Законом № 2617-VIII або засуджена за їх учинення до вказаного часу, то під час судового розгляду, перегляду кримінального провадження в апеляційній або касаційній інстанціях після набрання чинності Законом № 2617-VIII потрібно перекваліфікувати дії такої особи з ч. 2 на ч. 1 ст. 309 КК, урахувавши положення ст. 5 цього Кодексу.

Повторність має місце незалежно від того, чи була особа засуджена за раніше вчинене нею кримінальне правопорушення. При цьому повторність охоплює рецидив кримінальних правопорушень, якщо він не є самостійною ознакою складу кримінального правопорушення (не передбачений іншою частиною цієї ж статті КК). Якщо у КК рецидив не виокремлено як самостійну кваліфікуючу ознаку складу кримінального правопорушення, але передбачено посилення відповідальності за наявності повторності, то повторне вчинення кримінального правопорушення особою, яка була засуджена за відповідне правопорушення, враховується під час кваліфікації власне як повторність.

У новій редакції ч. 2 ст. 309 КК законодавець обмежив кваліфікуючу ознаку, передбачену в ч. 2 ст. 309 КК, лише засудженням особи за вчинення дій, передбачених ч. 1 цієї

статті. Ураховуючи положення ч. 2 ст. 43 Кримінального процесуального кодексу України, відповідно до якої засудженим у кримінальному провадженні є обвинувачений, обвинувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили, моментом засудження особи є набранням законної сили обвинувальним вироком суду стосовно неї.

Ураховуючи зміну формулювання кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 2 ст. 309 КК, фактичне повторення кримінальних правопорушень, передбачених ст. 309 КК, більше не вважається кваліфікуючою ознакою, а тому слід констатувати, що відповідні зміни мають зворотню дію у часі, оскільки законодавець пом'якшив кримінальну відповідальність.

Тому якщо особа обвинувачується у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК, до набрання чинності Законом № 2617-VIII, за наявності фактичної повторності або засуджена за нього до вказаного часу, то під час судового розгляду, перегляду кримінального провадження в апеляційній або касаційній інстанціях після набрання чинності Законом № 2617-VIII потрібно перекваліфікувати дії такої особи з ч. 2 на ч. 1 ст. 309 КК, урахувавши положення ст. 5 цього Кодексу.

Що стосується юридичної повторності, за якої особа була засуджена за вчинення попереднього кримінального правопорушення, то слід зауважити таке. Важливою ознакою повторності є збереження кримінально-правового значення хоча б двома кримінальними правопорушеннями, що її утворюють, що безпосередньо впливає з ч. 4 ст. 32 КК. Кримінальне правопорушення не повинно втрачатися як таке, що утворює разом з іншим правопорушеннями повторність, якщо особу було звільнено від кримінальної відповідальності на підставах, передбачених законом, а також у випадках, коли судимість за цей злочин було погашено або знято.

Нова редакція ч. 2 ст. 309 КК передбачає повторення правопорушень за умови вчинення тотожних дій, передбачених ст. 309 КК, упродовж одного року після попереднього засудження особи за цією статтею. Це означає, що якщо особу було засуджено за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, наприклад, до обмеження волі строком на два роки і під час відбування цього покарання вона знову вчинила злочин, передбачений ст. 309 КК, в результаті чого її дії були кваліфіковані за ч. 2 цієї статті в попередній редакції за ознакою повторності, то питання про застосування ст. 5 КК має вирішуватись наступним чином:

- якщо особа повторно вчинила злочин протягом року після її засудження, то ст. 5 цього Кодексу не застосовується;
- якщо особа повторно вчинила злочин після спливу року після її засудження, то ст. 5 цього Кодексу має застосовуватися, а дії винної особи потрібно перекваліфікувати з ч. 2 на ч. 1 ст. 309 КК.

*Визнаючи ОСОБА\_4 винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 309 КК районний суд зазначив, що обвинувачений був засуджений щонайменше 26 липня 2022 року за ч. 1 ст. 309 КК, а події даної справи стосуються листопада 2022 року, тобто мали місце протягом року після засудження. З огляду на наведене та у світлі формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, Суд кваліфікує дії ОСОБА\_4 за ч. 2 ст. 309 КК, оскільки він вчинив незаконне придбання, зберігання наркотичного засобу, без мети збуту, протягом року після засудження за статтею 309 КК [1].*

*В іншому кримінальному провадженні суд визнав, що дії обвинуваченого органом досудового розслідування кваліфіковані за ч. 2 ст. 309 КК невірно, оскільки він вчинив умисні дії, які виразились у незаконному придбанні та зберіганні наркотичного засобу і психотропної речовини без мети збуту, але твердження сторони обвинувачення про наявність кваліфікуючої ознаки «вчинене протягом року після засудження за цією статтею» під*

час судового розгляду об'єктивного підтвердження не знайшли. Відповідно до наукового аналізу вказаної новели законодавства у змісті даної ознаки можна виділити об'єктивні та суб'єктивні характеристики. Об'єктивні вчинення двох або більше діянь, передбачених ст. 309 КК. Суб'єктивні: 1) засудження особи за вчинення діяння, передбаченого ст. 309 КК; 2) вчинення нового тотожного діяння; 3) вчинення особою нового кримінального правопорушення протягом року з моменту засудження. У зв'язку з цим дану ознаку можна визнати новою самостійною формою множинності кримінальних проступків. Проте дана нова форма множинності суттєво відрізняється від усталеної у кримінальному праві форм множинності повторності та рецидиву кримінальних правопорушень. Для належного інкримінування передбаченої ч. 2 ст. 309 КК нової кваліфікуючої ознаки, необхідно, щоб відповідне діяння було вчинено протягом певного строку: протягом однорічного строку з дня набуття обвинувальним вироком законної сили за попереднє правопорушення і до зняття чи погашення судимості за таким вироком. Судом встановлено, що ОСОБА\_5 було засуджено районним судом за частинами 2, 3 ст. 309 КК вироком від 02 грудня 2021 року, доведений за наслідками цього судового розгляду злочин ним було вчинено 31 березня 2022 року, тобто дійсно протягом року після засудження. Однак, вказаний вирок було залишено без змін ухвалою апеляційного суду від 21 липня 2022 року, тому він набрав чинності з дня ухвалення рішення судом апеляційної інстанції, тобто 21 липня 2022 року. Таким чином, інкриміновані у цьому кримінальному провадженні ОСОБА\_5 протиправні діяння були вчинені ним до набрання законної сили вироком районного суду від 02 грудня 2021 року, тому станом на час вчинення цих діянь він вважався несудимим, а факт винесення відносно нього вироку до набрання таким вироком законної сили не має правового значення для кваліфікації діянь у новому кримінальному провадженні [2].

Звертаємо увагу, що закріплене в ч. 2 ст. 309 КК формулювання не враховує диференційованих строків давності (ст. 49 КК), закінчення яких зумовлює відміну всіх кримінально-правових наслідків вчиненого попереднього кримінального правопорушення. Те ж саме стосується неврахування строків погашення судимості (ст. 89 КК).

Так, згідно з п. 2<sup>1</sup> ч. 1 ст. 89 КК такими, що не мають судимості визнаються особи, які засуджені за вчинення кримінального проступку, після відбуття покарання.

Наприклад, якщо особа вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 309 КК, до набрання чинності Законом № 2617-VIII і за його вчинення їй було призначено покарання у виді штрафу, який вона заплатила, то вона вважається такою, що відбула покарання з моменту зняття з обліку уповноваженого органу з питань пробації осіб, засуджених до покарання у виді штрафу (ст. 26 Кримінально-виконавчого кодексу України, розділ IV Порядку виконання уповноваженими органами з питань пробації судових рішень про призначення покарання у виді штрафу, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 27 квітня 2018 року № 1301/5). Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 89 КК такі особи вважаються судимими упродовж одного року з дня відбуття покарання.

Ураховуючи п. 2<sup>1</sup> ч. 1 ст. 89 КК з цього моменту особа вважається такою, що не має судимості та погашаються правові наслідки першого кримінального правопорушення.

Тому якщо до набрання чинності Законом № 2617-VIII особу було засуджено за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, і до моменту судового розгляду, апеляційного перегляду кримінального провадження ця особа відбула покарання, однак мала судимість, то злочин, за який особу було засуджено, втрачає кримінально-правові наслідки з урахуванням ст. 5 КК. А тому у випадку, коли у суді вирішується питання про кваліфікацію її дій за ч. 2 ст. 309 КК, слід констатувати, що новий закон посилив кримінальну відповідальність, оскільки зобов'язує кваліфікувати дії цієї особи за ч. 2 ст. 309 КК незалежно від того, чи зберігає правовий наслідок перше з кримінальних правопорушень, тоді як за редакцією ч. 2 ст. 309 КК така обставина мала б урахуватися для визнання злочину повторним.

**Висновки.** Зміни, внесені Законом № 2617-VIII, мають значний вплив на кваліфікацію дій винних осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 309 КК. Застосування цих змін має відбуватися з урахуванням вимог ст. 5 КК.

При цьому аналіз змін, внесених до ч. 2 ст. 309 КК, дозволяє зробити висновок, що вони не узгоджуються з іншими положеннями цього Кодексу і скоріше притаманні адміністративному деліктному законодавству. У зв'язку із цим є всі підстави говорити про доцільність розгляду питання відновлення тієї редакції ч. 2 ст. 309 КК, яка була чинною до набрання чинності Законом № 2617-VIII.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 20.10.2023 р. у справі № 755/2013/23. URL: <https://opendatobot.ua/court/114349755-da66d94b3a286e95a047b352ffeebf21> (дата звернення: 25.11.2023).
2. Вирок Обухівського районного суду Київської області від 09.08.2022 р. у справі № 372/1143/22. URL: <https://opendatobot.ua/court/105632287-6f31ed705c69528a8fe5ba3da7049fca> (дата звернення: 25.11.2023).
3. Закон України від 22 листопада 2018 року № 2617-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#Text> (дата звернення: 29.11.2023).
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X зі змінами та доповненнями / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 29.11.2023).
5. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Баулін Ю.В., Борисов В.І., Тютюгін В.І. та ін.; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 2-е вид. Харків: Право, 2010. 456 с.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III зі змінами та доповненнями / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n689> (дата звернення: 29.11.2023).