**Вячеслав Навроцький**

**Основи кримінально-правової кваліфікації**

**2003**

Аналізуються загальні положення кримінально-правової кваліфікації - її поняття, підстави та принципи, а також питання кваліфікації окремих типів діянь, передбачених Кримінальним кодексом України - кваліфікації злочинів, з урахуванням стадії їх вчинення, вчинених у співучасті, множинності злочинів тощо.

Для науковців, студентів юридичних вищих закладів освіти, юристів-практиків.

Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації. - К.: //////////////////////////////, 2005. - /// с.

**Зміст**

[Переднє слово 6](#_Toc61370781)

[1. Поняття кримінально-правової кваліфікації 8](#_Toc61370782)

[1.1. Зміст та об’єм поняття кримінально-правової кваліфікації 8](#_Toc61370783)

[1.2 Процес кримінально-правової кваліфікації та її результат 15](#_Toc61370784)

[1.3 Структура кримінально-правової кваліфікації 27](#_Toc61370785)

[1.4. Значення правильної кримінально-правової кваліфікації 35](#_Toc61370786)

[1.5. Дефініція кримінально-правової кваліфікації та її видів 39](#_Toc61370787)

[2. ПІДСТАВИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ 46](#_Toc61370788)

[2.1. Поняття і види підстав .кримінально-правової кваліфікації 46](#_Toc61370789)

[2.2. Фактична підстава кримінально-правової кваліфікації 51](#_Toc61370790)

[2.3. Нормативна підстава кримінально-правової кваліфікації 53](#_Toc61370791)

[2.4.Склад злочину і його значення для кримінально-правової кваліфікації. 66](#_Toc61370792)

[3. Принципи кримінально-правової кваліфікації 72](#_Toc61370793)

[3.1. Поняття та види принципів кримінально-правової кваліфікації 72](#_Toc61370794)

[3.2. Характеристика окремих принципів кримінально-правової кваліфікації 79](#_Toc61370795)

[4. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ З УРАХУВАННЯМ СТАДІЇ ЙОГО ВЧИНЕННЯ 97](#_Toc61370796)

[4.1. Кваліфікація закінченого злочину 98](#_Toc61370797)

[4.2. Кваліфікація готування до злочину 108](#_Toc61370798)

[4.3. Кваліфікація замаху на злочин 124](#_Toc61370799)

[4.4. Кваліфікація у зв’язку з добровільною відмовою від вчинення злочину 132](#_Toc61370800)

[5. Кваліфікація злочинів, вчинених у співучасті 145](#_Toc61370801)

[5.1. Загальні положення кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті 147](#_Toc61370802)

[5.2. Кваліфікація співучасті з врахуванням виду співучасника 167](#_Toc61370803)

[5.3. Кваліфікація співучасті з врахуванням її форми 187](#_Toc61370804)

[5.4. Кваліфікація невдалої співучасті та співучасті у незакінченому злочині 209](#_Toc61370805)

[5.5.Кваліфікація співучасті в злочинах із спеціальним суб’єктом 225](#_Toc61370806)

[5.6. Кваліфікація причетності до злочину 231](#_Toc61370807)

[6. КВАЛІФІКАЦІЯ МНОЖИННОСТІ ЗЛОЧИНІВ 237](#_Toc61370808)

[6.1. Загальні положення кваліфікації множинності злочинів. 239](#_Toc61370809)

[6.2. Кваліфікація сукупності злочинів 249](#_Toc61370810)

[6.3. Кваліфікація повторності злочинів 254](#_Toc61370811)

[6.4. Кваліфікація рецидиву злочинів 268](#_Toc61370812)

[7.Кваліфікація при конкуренції кримінально-правових норм 275](#_Toc61370813)

[7. 1. Поняття конкуренції кримінально-правових норм та її види 276](#_Toc61370814)

[7.2. Кваліфікація злочинів при конкуренції загальної та спеціальної норм. 285](#_Toc61370815)

[7.3. Кваліфікація злочинів при конкуренції кількох спеціальних норм. 289](#_Toc61370816)

[7.4. Кваліфікація злочинів при конкуренції частини і цілого. 291](#_Toc61370817)

[8. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ за НАЯВНОСТІ КВАЛІФІКУЮЧИХ ТА ПРИВІЛЕЮЮЧИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ 293](#_Toc61370818)

[8. 1. Диференціація кримінальної відповідальності, кримінально-правова кваліфікація, індивідуалізації покарання 295](#_Toc61370819)

[8.2. Кваліфіковані та привілейовані склади злочинів як засіб диференціації кримінальної відповідальності 301](#_Toc61370820)

[8.3. Правила кваліфікації злочинів, відповідальність за які диференційована 305](#_Toc61370821)

[9. Розмежування злочинів в ході кримінально-правової кваліфікації 320](#_Toc61370822)

[9.1. Поняття і значення розмежування складів злочинів. 321](#_Toc61370823)

[9.3. Розмежування окремих складів злочинів 325](#_Toc61370824)

[9.4. Відмежування злочинів від інших правопорушень 327](#_Toc61370825)

[10. Кваліфікація діянь, вчинених за обставин, що усувають їх злочинність 332](#_Toc61370826)

[10.1. Поняття та види обставин, які усувають злочинність діяння та загальні положення кваліфікації діянь, вчинених при таких обставинах 333](#_Toc61370827)

[10. 2. Кваліфікація діянь, вчинених за наявності окремих видів обставин, передбачених розділом УІІІ Загальної частини КК 337](#_Toc61370828)

[10.3. Кваліфікація діянь, вчинених за наявності обставин, що виключають злочинність, передбачених Особливою частиною КК 337](#_Toc61370829)

[10.4. Кваліфікація діянь, вчинених за наявності обставин, які усувають злочинність діяння, передбачених Конституцією України, міжнародно-правовими актами. та “некримінальними” нормативно-правовими актами України. 338](#_Toc61370830)

[11. Кваліфікація посткримінальної поведінки 342](#_Toc61370831)

[11.1 Кваліфікуюче значення поведінки винного після закінчення злочину 343](#_Toc61370832)

[11.2. Позитивна посткримінальна поведінка в системі інститутів кримінального права України 345](#_Toc61370833)

[11.3. Кваліфікація при позитивній посткримінальній поведінці 347](#_Toc61370834)

[12. Кваліфікація діянь, вчинених при відсутності всіх ознак складу злочину 348](#_Toc61370835)

[12.1. Відсутність складу злочину як обставина, що виключає провадження в кримінальній справі 349](#_Toc61370836)

[12.2. Кваліфікація малозначних посягань 349](#_Toc61370837)

[12.3. Кваліфікація діянь, вчинених особами, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність 350](#_Toc61370838)

[12.4. Кваліфікація діянь, вчинених при відсутності вини 356](#_Toc61370839)

[13. Неправильна кримінально-правова кваліфікація 362](#_Toc61370840)

[13.1 Поняття, види і значення неправильної кримінально-правової кваліфікації 365](#_Toc61370841)

[13.2. Види неравильної кримінально-правовоїй кваліфікації 373](#_Toc61370842)

[13.3. Якість кримінального закону і помилки у кримінально-правовій кваліфікації 375](#_Toc61370843)

[14. Зміна кримінально-правової кваліфікації 389](#_Toc61370844)

[14.1 Поняття і підстави зміни кримінально-правової кваліфікації 391](#_Toc61370845)

[14.2 Межі зміни кримінально-правової кваліфікації 394](#_Toc61370846)

[14.3 Наслідки зміни кримінально-правової кваліфікації 395](#_Toc61370847)

# Переднє слово

В середовищі як юристів, так і непрофесіоналів права побутують вислови: «Закон, як дишло...», «Була б людина, а стаття знайдеться!». Вони з’явилися не випадково, відображають існуючий стан в правозастосуванні, коли при правовій оцінці діянь допускаються натяжки та пересмикування. Внаслідок цього непоодинокі випадки, коли винні не притягаються до відповідальності, а діяння осіб, які не порушували закону, оцінюються як злочинні, однакові діяння отримують різну правову оцінку.

Разом із тим, курс на створення правової держави передбачає, що вирішення питань правозастосування має здійснюватися не на підставі суб’єктивних уподобань, політичної доцільності чи інших подібних чинників, а з врахуванням об’єктивно існуючих закономірностей, на основі принципів, які не залежать від обставин конкретної справи, особи, діяння якої кваліфікуються. І особливої гостроти це набуває в сфері боротьби зі злочинністю.

Встановлення відповідних закономірностей, формулювання принципів застосування кримінального закону взагалі і кваліфікації зокрема, на перший погляд, не повинно становити особливих труднощів. Адже правозастосуванням людство займається тисячі років, віки нараховує історія теоретичних досліджень в цьому напрямку. Однак більш уважний аналіз показує, що рівень розробки відповідних питань явно недостатній, не відповідає існуючим потребам.

В вітчизняній кримінально-правовій науці приділялася певна увага окремим аспектам цієї проблеми, є безсумнівні здобутки у вирішенні проблем кваліфікації окремих видів злочинів. Слід відзначити монографічні дослідження з проблем кваліфікації злочинів, підготовлені російськими професорами В.М. Кудрявцевим, Б.А.Куріновим, Л.Д.Гаухманом, українськими вченими Ф.Г.Бурчаком, С.А.Тарарухіним, М.І.Коржанським. Однак багато питань залишається нерозкритими або гостро дискусійними. До того ж, в літературі висвітлюються лише питання *кваліфікації злочинів*, а інші аспекти *кримінально-правової кваліфікації* залишаються поза увагою вчених. Одним із наслідків цього є фактичне збереження неодноразово засудженого обвинувального ухилу як при теоретичному дослідженні певних питань, так і в практичній діяльності. Взагалі, доводиться констатувати, що в теорії кримінального права, по суті, не приділялася досі увага загальним проблемам методологічного характеру, які стосуються кваліфікації усіх діянь, передбачених кримінальним законом.

Існуючий стан законодавства, практики та розвитку теорії веде до численних негараздів. Вирішення в теорії часткових питань без попереднього розв’язання загальних неминуче наштовхує на них, призводить до непослідовності та суперечностей у висновках і рекомендаціях. Теорія не завжди здатна запропонувати практиці чіткі й однозначні рекомендації щодо кваліфікації передбачених кримінальним законом діянь.

Прямим наслідком відсутності належних теоретичних підвалин є те, що чинне законодавство, по суті, не містить положень, які б регламентували порядок застосування кримінально-правових норм, в тому числі і питання кваліфікації. Правила кваліфікації (на відміну від правил призначення покарання) на сьогодні не закріплені в законі, існують здебільшого у вигляді звичаїв, що побутують серед практичних працівників та теоретичних положень. Частина із них відображена в постановах Пленуму Верховного Суду України з питань застосування норм про відповідальність за окремі види злочинів.

Це ускладнює як застосування закону, так і вивчення відповідних питань студентами. Разом із тим, важливість відповідних положень обумовлює те, що навчальними планами і програмами підготовки юристів вищої кваліфікації передбачене вивчення відповідних проблем. Положення, які стосуються кримінально-правової кваліфікації, неодмінно входять в систему перепідготовки та підвищення фахового рівня слідчих, прокурорів, суддів.

Передумовою ж висвітлення загальних положень кримінально-правової кваліфікації є з’ясування поняття кримінально-правової кваліфікації та її видів, вияснення того, що виступає підставами кваліфікації в кримінальному праві, вияснення найбільш загальних правил, якими слід керуватися в ході кримінально-правової кваліфікації.

# 1. Поняття кримінально-правової кваліфікації

## 1.1. Зміст та об’єм поняття кримінально-правової кваліфікації

Походження та значення терміну *“кримінально-правова кваліфікація*

Встановлення поняття кримінально-правової кваліфікації доцільно розпочати зі з’ясування значення слова, яке лежить в основі відповідного терміну. Слово *кваліфікація* походить від двох латинських слів - *qualis* (якість, який за якістю) та *facio* (роблю). Таким чином, в буквальному перекладі кваліфікація - це визначення якості, оцінка.

В праві під кваліфікацією звичайно розуміють оцінку діяння з точки зору нормативно-правових актів, визначення того, під яку праву норму “підпадає” дане діяння. *Кримінально-правова* кваліфікація, характеризується тим, що:

1) оцінці підлягають не будь-яка поведінка особи, а та, яка хоча чимось нагадує злочин - діяння, передбачене КК;

2) оцінка здійснюється на підставі норм, викладених в КК.

У літературі, звичайно, підкреслюється, що термін "кваліфікація" має два основних значення: по-перше, його використовують для позначення певного процесу, діяльності уповноважених на те державних органів щодо оцінки, встановлення юридичної природи вчиненого посягання; по-друге, цим терміном позначають результат такої діяльності, який виражається у визначенні кримінально-правової норми (норм) - вказівку статті, її частини чи пункту кримінального закону, які передбачають відповідальність за скоєне Однак цими - основними - значеннями далеко не вичерпується поняття кримінально-правової кваліфікації злочинів. Під нею також розуміють:

- оцінку скоєного з точки зору держави, не лише юридичну, але й суспільно-політичну оцінку посягання як злочину, а не іншого правопорушення

- логічну діяльність по встановленню відповідності (тотожності) між фактичними і юридичними ознаками посягання, сукупність процесів, які здійснюються відповідно до законів формальної логіки;

- процес мислення, що відбувається у свідомості особи відповідно до законів психології.

Зміст поняття кримінально-правової кваліфікації

Поняття кримінально-правової кваліфікації, як і будь-яке інше, характеризується такими найважливішими рисами, як зміст і об’єм. Зміст аналізованого поняття розкривається за допомогою його визначення. При цьому розкриття змісту поняття вимагає виділення і проведення характеристики істотних, необхідних і достатніх ознак кримінально-правової кваліфікації. Лише на цій основі може бути сформульована дефініція поняття - проведена логічна операція розкриття його змісту, завдяки якій вказана суть поняття кримінально-правової кваліфікації, показана його відмінність від інших предметів, процесів, явищ.

Кримінально-правова кваліфікація, яка і будь-яка людська діяльність характеризується специфічними учасниками (суб’єктами, які мають певний правовий статус), об’єктом та змістом. Тому ознаки кримінально-правової кваліфікації (детальний зміст яких буде охарактеризований при розгляді наступних питань теми) такі:

1) **кваліфікація** - **це частина процесу застосування кримінального закону**. А, отже:

- це офіційна діяльність, яка здійснюється уповноваженими на те органами держави - дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду;

- вона проводиться у відповідній процесуальній формі, її результати закріплюються в актах вказаних вище органів (постановах, обвинувальному висновку, вироку);

- має обов’язкове значення, тягне за собою правові наслідки як для осіб, дії яких кваліфікуються, так і для самих державних органів.

В літературі часто кваліфікацію ділять на *офіційну* та *неофіційну* - під останньою розуміють кримінально-правову оцінку діяння, яку роблять особи, не уповноважені на те законом (потерпілі, науковці, студенти, журналісти). Вони дійсно можуть оцінювати ті чи інші діяння (реальні злочини, описані в умовах задач, зображені в художніх творах тощо ) на предмет того, чи становлять вони собою злочин і який саме. Однак, враховуючи, що така діяльність не налічена жодною з вказаних вище рис, її не можна вважати кримінально-правовою *кваліфікацією*, хоча б і неофіційною. Разом із тим, чинне законодавство передбачає немало випадків, коли на окремих громадян покладається обов’язок проводити кримінально-правову оцінку чи то своєї власної поведінки, чи то діянь інших осіб (на чому зупинимося далі);

2) в ході кримінально-правової кваліфікації **оцінці підлягає суспільно-небезпечна поведінка.** Констатувати, що певні діяння потребують кримінально-правової кваліфікації можна тоді, коли встановлена належність відповідних суспільних відносин до предмета кримінально-правової регламентації. Про це ж свідчать такі ознаки:

- заподіяння або загроза заподіяння істотної шкоди;

- кримінальна протиправність вчиненого діяння.

Реально заподіяна чи можлива шкода головним чином визначає суспільну небезпеку діяння - головний критерій для визнання його злочином, а, отже, і віднесення до предмету кримінального права. Проте, саме по собі заподіяння істотної шкоди ще не обов’язково свідчить про те що діяння є злочином. У ході кримінально-правової кваліфікації якраз і здійснюється оцінка факту заподіяння шкоди - визнання його: а) злочином; б) посяганням, яке не містить в собі всіх ознак складу злочину; в) діянням, вчиненим при обставинах, що усувають його злочинність.

Кримінальна протиправність є ознакою, яка завжди і однозначно свідчить про необхідність кримінально-правової кваліфікації діяння. Однак, про її наявність можна говорити лише тоді, коли кваліфікацію вже здійснено. Сама ж кваліфікація якраз і має підтвердити чи заперечити той факт, що діяння є кримінально-протиправним, становить собою злочин чи незлочинну поведінку.

3) **зміст кримінально-правової кваліфікації полягає у визначенні кримінально-правової норми, яка передбачає скоєне діяння.** В свою чергу це передбачає:

- оцінку фактичних обставин, виділення із них тих, які мають кримінально-правове значення;

- “вибір” статті (статей, їх частин або пунктів) КК, які містять відповідну кримінально-правову норму;

- обґрунтування необхідності застосування саме цієї статті (статей, їх частин або пунктів) КК. Це здійснюється шляхом доведення того, що фактичні ознаки діяння, яке кваліфікується повністю відповідають ознакам злочину, передбаченого КК;

- процесуальне закріплення висновку про те, що діяння передбачене певною статтею КК та, відповідно, що воно є / *не є* злочином, чи іншим діянням, передбаченим КК.

Об’єм поняття кримінально-правової кваліфікації

Об’єм поняття кримінально-правової кваліфікації визначається шляхом поділу цього поняття. Визначення об’єму аналізованого поняття є передумовою розкриття його змісту, оскільки це дозволяє з’ясувати його, принаймні, зовнішнє співвідношення з деякими суміжними поняттями, до певної міри розкрити зміст аналізованого поняття через вказівку на те, які складові його утворюють.

Об’єм будь-якого поняття з’ясовується через його поділ. Шляхом поділу родового поняття кримінально-правової кваліфікації з’ясовуються види, з яких складається родове поняття.

Найпростішим і, відповідно, самим точним і логічно бездоганним є дихотомічний поділ поняття кримінально-правової кваліфікації - двохчленний поділ на дві частини, коли об'єм поняття ділиться на два суперечливих поняття (А та *не*-А). Такий поділ завжди співрозмірний (тобто сума об'ємів видових понять рівна об'єму поділеного родового поняття), члени поділу виключають один одного (не мають спільних елементів, не пересікаються), поділ здійснюється лише по одній підставі і є безперервним. Тому при його здійсненні повністю дотримуються правил поділу понять. Провівши такий поділ аналізованого поняття - поняття кримінально-правової кваліфікації, отримаємо дві частини - "кваліфікація злочинів" і "кваліфікація не-злочинів". Користуючись термінологією, більш звичною для юристів, другу частину можна іменувати "кваліфікація суспільно-небезпечних діянь, які не є злочинами"

Дихотомічний поділ, при всіх своїх перевагах, має і очевидні недоліки. Адже він не досить конкретний і інформативний, його ще недостатньо, щоб назвати види кримінально-правової кваліфікації, які мають практичне значення. Тому поділ кожної з названих вище частин слід продовжити. При цьому вирішальне значення має встановлення видостворюючих ознак чи підстав (критеріїв) поділу. Вони мають бути такими, щоб дотримувалися правила поділу.

Види кваліфікації злочинів

Здійснюючи поділ кваліфікації злочинів на види, доцільно керуватися класифікаціями типів злочинів, які містяться в кримінальному законі, враховувати особливості кваліфікації окремих видів злочинів, які відображені в нормах чинного кримінального законодавства.

З врахуванням викладеного видається, що доцільно враховувати такі критерії поділу кваліфікації злочину на види та виділяти наступні види кваліфікації злочинів:

***За стадією, якої досягло посягання:***

- кваліфікація закінченого злочину;

- кваліфікація готування до злочину;

- кваліфікація замаху на злочин.

***В залежності від того, вчинений злочин "одноосібно" чи у співучасті***:

- кваліфікація злочину, вчиненого однією особою;

- кваліфікація злочину, вчиненого у співучасті.

***Виходячи з кількості злочинів, які піддані кваліфікації***:

- кваліфікація одиничного злочину;

- кваліфікація множинності злочинів.

Названі види кваліфікації злочинів, в свою чергу, можна об'єднати в групи чи, навпаки, поділити на підвиди. Наприклад, кваліфікація готування до злочину та кваліфікація замаху на злочин охоплюються поняттям "кваліфікація попередньої злочинної діяльності", кваліфікація множинності злочинів включає в себе поняття "кваліфікація повторності злочинів", "кваліфікація сукупності злочинів", "кваліфікація рецидиву злочинів". Кількість ступенів поділу, дрібність у виділенні видів кваліфікації злочинів визначається врешті-решт метою дослідження. Видається, що в плані постановки питання про співвідношення родового поняття кримінально-правової кваліфікації і відповідних видових понять достатнім є виділення видів кваліфікації злочинів, вказаних вище.

Види кваліфікації *не-*злочинів

З аналогічних засад слід виходити і при виділенні видів кваліфікації *не-*злочинів.

***З врахуванням підстав, відповідно до яких вчинення діянь, формально заборонених кримінальним законом, не визнається злочинами***, можуть бути виділені такі види кваліфікації:

- кваліфікація суспільно небезпечних діянь неосудних;

- кваліфікація суспільно небезпечних діянь осіб, які не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність;

- кваліфікація діянь, вчинених при обставинах, що усувають їх злочинність.

Види кваліфікації *не-*злочинів також можуть бути піддані подальшій класифікації. Зокрема, кваліфікація діянь, вчинених при обставинах, що усувають їх злочинність, включає в себе кваліфікацію діянь, вчинених в стані необхідної оборони, кваліфікацію діянь, вчинених в стані крайньої необхідності і т.д.

Види кримінально-правової кваліфікації, які виділяються за процесуальними підставами

***Залежно від співставлення моменту вчинення діяння і часу проведення кваліфікації*** може бути виділена:

- перспективна кваліфікація (оцінка діяння, яке ще не вчинене);

- ретроактивна кваліфікація (оцінка вже вчиненого діяння).

Можливе виділення окремих видів кримінально-правової кваліфікації також з врахуванням положень, які базуються на процесуальних нормах. Так, ***з врахуванням того, чи встановлена особа, діяння якої піддаються оцінці*** (тобто, здійснюється оцінка певного діяння чи поведінки конкретної особи) існує:

- кваліфікація "за фактом";

- кваліфікація діяння особи.

***З врахуванням того, які учасники процесу кваліфікують скоєне*** виділяється:

- кваліфікація, яка здійснюється органами досудового слідства;

- судова кваліфікація.

В свою чергу ці види кваліфікації можуть бути класифіковані більш дрібно.

***Виходячи з того, на якій із стадій кримінального процесу, проводиться відповідна діяльність,*** існує:

- кваліфікація до порушення кримінальної справи (кваліфікація при перевірці повідомлень і заяв про злочин);

- кваліфікація при порушенні кримінальної справи;

- кваліфікація при закінченні досудового слідства;

- кваліфікація при перевірці прокурором справи з обвинувальним висновком і т.д.

***Залежно від процесуального порядку внесення змін в проведену кваліфікацію*** буває:

- кваліфікація попередня;

- кваліфікація остаточна.

***Враховуючи суть змін, які можуть бути внесені в кваліфікацію***, можна виділити:

- кваліфікацію, яка змінює становище особи в сторону погіршення;

- кваліфікацію, яка змінюється в сторону покращання становища особа.

Перелік підстав поділу кримінально-правової кваліфікації на види і, відповідно, видів такої кваліфікації може бути продовжений майже до нескінченності. Навряд чи є потреба це робити. Важливо, що й викладене вище показує складність та багатоаспектність поняття кримінально-правової кваліфікації, те, що його об'єм ділиться як за матеріально-правовими, так і за процесуальними підставами. Це знову ж таки підтверджує, що проблема кримінально-правової кваліфікації є міждисциплінарною.

Загальні засади визначення поняття кримінально-правової кваліфікації:

З наведеного вище випливають загальні засади з яких, як видається, слід виходити при визначенні поняття кримінально-правової кваліфікації. Вони такі:

1. "Кримінально-правова кваліфікація"- це родове поняття, яке включає в себе ряд видових. Із співвідношення цих понять як родового і видових випливає, що:

- видові поняття - поняття кваліфікації окремих видів діянь входять в об'єм родового і становлять при цьому лише його частину. При цьому поняття кримінально-правової кваліфікації має ширший об'єм, включає в себе певну кількість об'єктів (видових понять), але є вужчим за змістом - характеризується меншою кількістю істотних ознак, ніж поняття окремих видів кваліфікації (відповідно до логічного закону оберненого співвідношення між об'ємом і змістом поняття);

- поняття "кримінально-правова кваліфікація" та видові поняття знаходяться у відношеннях підлеглості (субординації). Останні повністю включаються (входять) в поняття кримінально-правової кваліфікації, і вичерпують його, тобто не існує кримінально-правової кваліфікації взагалі, такої, яка б не полягала б у якомусь її конкретному виді;

- окремі видові поняття (види кримінально-правової кваліфікації) виключають одне одне. Наприклад, кваліфікація певного діяння як злочину унеможливлює кваліфікацію цього самого діяння, як вчиненого при ознаках, що усувають злочинність;

- поняття "кваліфікація злочину" та всі інші види кримінально-правової кваліфікації знаходяться у відношеннях суперечності (контрадикторності). Тобто, будь-які види кваліфікації, крім кваліфікації злочину, означають, що скоєне кваліфіковане як не-злочин;

- родове поняття кримінально-правової кваліфікації формується за рахунок ознак, які є водночас і ознаками окремих видових понять. Кожне із видових понять характеризується такими ознаками, які виражають специфіку даного виду кримінально-правової кваліфікації. Вони утворюються за рахунок уточнення, конкретизації, звуження тих ознак, які є ознаками родового поняття кримінально-правової кваліфікації. При цьому істотним є те, що кожне з цих видових понять не характеризується якимись додатковими ознаками. Адже в такому випадку (при наділенні видового поняття додатковими ознаками) розширюється його зміст і звужується об'єм, тобто, ми маємо справу вже з іншим видовим поняттям кримінально-правової кваліфікації;

- правові феномени, які виступають підставами кримінально-правової кваліфікації є водночас і підставами окремих видів кваліфікації;

- загальні принципи кримінально-правової кваліфікації повністю поширюються і на окремі види такої кваліфікації;

2. Кримінально-правова кваліфікація як з'ясування питань матеріального кримінального права - це розумова, мислительна діяльність, яка відбувається в свідомості особи, що застосовує закон або просто оцінює певне діяння з точки зору кримінального права. В такому сенсі не має значення поділ кваліфікації на офіційну та неофіційну. Водночас кримінально-правова кваліфікація як процесуальна діяльність здійснюється в певних процесуальних формах, об'єктивується назовні, фіксується в процесуальних документах. При цьому процесуальна діяльність органічно переплітається з мислительною діяльністю на протязі всього періоду доказування .

3. Кримінально-правова кваліфікація - це процес, який протікає в часі, складається з певних стадій та етапів. На початкових стадіях кваліфікації неможливо визначити який саме вид кримінально-правової кваліфікації має місце. Така кваліфікація закінчується - має своїм результатом - загальний висновок про злочинність чи незлочинність діяння, а результатами окремих видів кваліфікації є встановлення конкретного типу поведінки, передбаченої кримінальним законом.

## 1.2 Процес кримінально-правової кваліфікації та її результат

Поняття кримінально-правової кваліфікації набуде більшої чіткості, якщо розглянути його динаміку, показати, як вона розвивається в часі. В свою чергу це передбачає з’ясування того, які складові (стадії та етапи) включає цей процес. Тоді можна буде не лише уточнити зміст діяльності з кваліфікації, а й яскравіше показати її місце у процесі застосування кримінально-правових норм та відмежувати власне кваліфікацію від інших видів правозастосовної діяльності, уточнити понятійний апарат, що використовується тощо.

Вихідні положення до визначення стадій та етапів кримінально-правової кваліфікації

З'ясування того, з яких стадій та етапів складається кримінально-правова кваліфікація, у якій послідовності вони розташовані, має, як видається, здійснюватися з урахуванням наступних засад:

1) процес кримінально-правової кваліфікації не можна ототожнювати з процесом застосування кримінального закону. Кваліфікація - це лише частина застосування кримінального закону. В дещо спрощеному вигляді можна сказати, що застосування кримінального закону складається з двох головних дій - кваліфікації діяння та визначення його правових наслідків (переважно - призначення покарання);

2) між окремими стадіями та етапами кримінально-правової кваліфікації існує діалектичний взаємозв'язок. Їх відокремлення можливе лише у ході теоретичного аналізу. При кваліфікації ж на практиці окремі стадії та етапи "переплітаються" між собою, може мінятися їх послідовність, до певних стадій у ході кваліфікації доводиться повертатися неодноразово(

3) всі стадії кримінально-правової кваліфікації є рівноцінними, не можна виділяти стадій головних і другорядних, первинних і вторинних тощо;

4) кваліфікація повинна пройти всі стадії. Відсутність хоча б однієї із стадій свідчить, що процес кваліфікації не відбувався взагалі чи не є завершеним;

5) етапи кваліфікації мають виділятися в межах окремих її стадій. Інакше кажучи, стадії кваліфікації включають у себе етапи, які є віхами, рубежами, що відділяють одну стадію від іншої(

6) кримінально-правова кваліфікація - це діяльність, у ході якої вирішуються не лише питання матеріального кримінального права, але і процесу. Тому вона включає в себе як аналіз фактичних обставин справи, вибір правової норми так і обгрунтування кваліфікації (того, що має застосовуватися саме ця, а не якась інша правова норма) та її юридичне закріплення у процесуальних документах.

Стадії, з яких складається процес кримінально-правової кваліфікації

Можна сказати, що процес кваліфікації складається з таких стадій:

1. Вибір кримінально-правової норми (норм), які передбачають вчинене діяння.

2. Встановлення відповідності між юридично значущими фактичними ознаками діяння і ознаками, передбаченими законом (доведення того, що скоєне має кваліфікуватися саме за обраною нормою, а не за іншою, та що відсутні обставини, що усувають злочинність діяння).

3. Юридичне закріплення висновку про те, що вміненню підлягає конкретна норма (норми) (юридичне закріплення результатів кваліфікації).

В свою чергу названі стадії можуть бути поділені на етапи, аналізуючи які і можна розкрити зміст відповідних стадій. Співвідношення стадій та етапів кваліфікації, їх послідовність відображені на такій схемі:

|  |
| --- |
| СТАДІЯ ВИБОРУ ПРАВОВОЇ НОРМИ |
| Етап впорядкування зібраних фактичних даних |
| Етап висунення версій кваліфікації |
| Етап розмежування складів діянь |
| Етап виявлення правової норми (норм), яка підлягає застосуванню |
| СТАДІЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ МІЖ ОЗНАКАМИ ДІЯННЯ І НОРМОЮ |
| Етап доведення наявності ознак складу злочину |
| Етап визначення стадії вчинення діяння |
| Етап оцінки діяння, яке виконане спільно кількома особами |
| Етап оцінки діяння, яке передбачене кількома нормами |
| Етап оцінки суспільної небезпеки діяння |
| Етап визначення наявності обставин, що усувають злочинність діяння |
| СТАДІЯ ЮРИДИЧНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ КВАЛІФІКАЦІЇ |
| Етап формулювання результатів кваліфікації |
| Етап мотивування кваліфікації |

Понятя *вибору* правової норми

Отже, кваліфікація починається з стадії вибору правової норми, яка передбачає діяння. Слід підкреслити, що мова повинна йти саме про "вибір" норми чи норм, з кількох існуючих, а не про її чи їх "відшукання" чи "встановлення". Адже у законодавстві існує лише одна єдина норма, розрахована на врегулювання даного випадку або кілька при сукупності злочинів. "Вибрати" - якраз і означає взяти щось потрібне, краще з наявного. Таким наявним виступає система чинних кримінально-правових норм. Не можна говорити, що у ході кваліфікації відбувається «пошук» норми. Так само неправильно вести мову про «встановлення» норми. Адже правова норма встановлена (закріплена в законі) ще до початку квалівфікації певного діяння.

Етапи впорядкування фактичних обставин справи

Стадія вибору правової норми в свою чергу складається з кількох етапів.

Перший етап полягає у впорядкуванні встановлених фактичних даних і виділенні із них тих, які мають значення для кваліфікації. При цьому відбувається формування юридично значущих конструкцій. Складність такої діяльності, як зазначав Б.А.Курінов, полягає в тому, що на початку розслідування кримінальної справи далеко не завжди відомо, які факти будуть мати кримінально-правове значення, а які - ні. Потрібно уточнити, що такий етап притаманний не лише початку розслідування, оскільки кваліфікація в повному обсязі, тобто, яка проходить всі стадії та етапи, здійснюється на всіх стадіях кримінального процесу.

Упорядкування фактичних даних передбачає, що самі такі дані вже зібрані у ході проведення дослідчої перевірки матеріалів, досудового слідства чи судового розгляду. Починається упорядкування отриманих даних із поділу їх на індиферентні для права (наприклад ті, що стосуються батьків винного, поведінки осіб, які не причетні до посягання) та юридично значущі. З них, у свою чергу, виділяються ознаки, які мають лише доказове значення та ознаки, що враховуються при вирішенні матеріально-правових питань. Останні поділяються на такі, які враховуються при вирішенні питань про звільнення від юридичної відповідальності, призначенні покарання та звільнення від нього та ті, що мають кваліфікуюче значення. Кваліфікуюче ж значення мають, головним чином, ознаки, які вказані у диспозиціях правових норм. Таким чином, можна констатувати, що передумовою упорядкування встановлених фактичних обставин справи є знання особою, яка здійснює кваліфікацію, усієї сукупності правових норм, розуміння меж правового регулювання, вміння розрізнити право і "*не* право".

Згодом, із ознак, що мають кваліфікуюче значення, розпочинається формування юридичних конструкцій, які використовуються у ході подальших дій по кваліфікації діяння. Це конструкції складу правопорушення: злочину, дисциплінарного правопорушення, адміністративного проступку, цивільного делікту, або ж конструкції складів діяння, вчиненого при обставинах, що усувають його злочинність, інших передбачених кримінальним законом діянь. Формування юридичних конструкцій здійснюється шляхом віднесення кожної з встановлених ознак до одного з елементів складу правопорушення: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони.

У ході впорядкування фактичних обставин справи відбувається виділення із них тих, які зібрані у законному порядку. Дані, які отримані з порушенням процесуальних норм при кваліфікації, до уваги не приймаються. Відповідна інформація або ж "відкидається" взагалі, або ж перевіряється і процесуально закріплюється і після того може знову увійти в орбіту кваліфікації.

Етап висунення версій кваліфікації

Наступний - другий етап стадії вибору кримінально-правової норми полягає у висуненні версій кваліфікації - виявленні групи суміжних складів правопорушень (складів інших діянь) і норм, які можуть охоплювати скоєне, чи й однієї такої норми. Для цього з груп ознак, які належать до окремих елементів складу, виділяються ті, що характеризують конкретні діяння. При цьому особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя можуть обмежитися відібранням ознак, характерних лише для якогось одного складу злочину, чи іншого правопорушення - якщо практичний досвід, інтуїція, сам "набір" встановлених ознак дозволяють зробити більш-менш однозначне припущення щодо того, яке саме посягання вчинено. Однак, такий підхід небезпечний, він може призвести до того, що поза увагою опиняться ознаки інших складів. Разом із тим, якщо серед можливих версій кваліфікації не буде висунута істинна, то вона і у подальших етапах та стадіях кваліфікації не буде фігурувати. А тим самим скоєне не буде кваліфіковане за нормою, яка насправді передбачає діяння. Висунення версій кваліфікації вимагає від особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, судді більш конкретного знання системи права. Тут потрібно вже знати типові юридичні конструкції, які утворюють окремі ознаки складу правопорушень.

Версії кваліфікації висуваються за певними ознаками Найчастіше "потрібні" норми знаходять за характером заподіяної шкоди (життю, власності, інтересам у сфері господарства), предметом (зброя, документи, наркотичні засоби), потерпілим (державний діяч, суддя, працівник підприємства) способом посягання (насильство, обман), спеціальним суб'єктом (службова особа, військовослужбовець). Тому при вивченні кримінального права важливе значення має виявлення системи кримінально-правовоих норм, групування таких норм не лише за об'єктом, але й за іншими ознаками.

У ході висунення версій кваліфікації відбувається перше порівняння фактичного і юридичного складів. При цьому формується один фактичний склад правопорушення (чи іншого передбаченого кримінальним законом діяння) і, як правило, кілька можливих юридичних складів, що відповідають виявленому фактичному складу.

Етап розмежування складів діянь

Третій етап стадії вибору правової норми полягає у розмежуванні юридичних конструкцій - складів діянь, які були створені у ході попереднього етапу. Насамперед, ця проблема виникає стосовно розмежування діянь, які відносяться до правопорушень. Воно відбувається, насамперед, за вертикаллю, тобто між окремими галузями права. Крім того, розмежування проводиться і за горизонталлю - між інститутами та нормами однієї галузі права. Здійснюється розмежування шляхом порівняння однойменних позитивних (тих, які потрібно встановити) або негативних (відсутність яких слід довести) ознак фактичного та юридичного складів правопорушень.

Врешті - решт можна сказати, що вибір норми здійснюється у ході розмежування правопорушень - шляхом послідовного "відкидання" тих ознак юридичного складу, які не відповідають виявленим ознакам фактичного складу правопорушення.

Етап виявлення норми, яка підлягає застосуванню

Нарешті, четвертий етап вибору правової норми - це виявлення однієї чи кількох (при сукупності) норм, які підлягають застосуванню. Як видно з вище викладеного, воно відбувається внаслідок розширення переліку правових норм, що можуть застосовуватися у ході висунення версій кваліфікації та наступного звуження цього переліку до однієї (чи кількох) норми у зв'язку з розмежуванням правопорушень, інших діянь.

Виявлення норми означає лише формальну відповідність фактичних і юридичних ознак діяння (фактичного і юридичного складу правопорушення). Воно відбувається з використанням лише конституюючих ознак посягання, названих у нормі Особливої частини кримінального закону, чи ознак діяння, вказаних у нормі Загальної частини. Для того, щоб констатувати, що скоєне є саме злочином (чи іншим правопорушенням) потрібно довести ще і наявність фактичних або сутністних ознак - відсутність малозначності посягання, а тим самим його суспільну небезпеку, відсутність ознак, що усувають злочинність посягання. Але це вже здійснюється на наступній стадії кваліфікації злочину.

Описаний процес вибору кримінально-правової норми стосується логічної послідовності дій. У практичній діяльності він часто здійснюється простіше, шляхом інтуїтивного вибору за однією чи кількома типовими ознаками, шляхом "узнавання" відповідної норми за аналогією з раніше кваліфікованими злочинами.

Поняття встановлення відповідності між фактичними ознаками діяння і ознаками, передбаченими правовою нормою

Ця стадія як вже вказувалося, також складається із кількох етапів. В їх ході відбувається доведення істинності кваліфікації, яка на попередній стадії проведена лише за формальними ознаками, підтвердження того, що вчинене посягання є саме злочином, та що відсутні передбачені законом обставини, що усувають суспільну небезпеку та протиправність діяння.

Етап доведення наявності ознак складу злочину

Отже, перший етап другої стадії кваліфікації діяння полягає у доведенні наявності ознак складу злочину. Він полягає у послідовному співставленні фактичних ознак посягання з ознаками злочину, передбаченими кримінально-правовою нормою. При цьому використовується юридична конструкція складу злочину. Відомо, що в теорії кримінального права прийнято виділяти двадцять ознак складу злочину (деякі автори називають двадцять одну ознаку - виділяючи як самостійну - емоційний стан особи, або ж дев'ятнадцять - ввважаючи, що причиновоий зв'язок становить не самостійну ознаку а є складовою суспільно-небезпечних наслудків), які розділені на чотири групи - елементи складу злочину. Жодна із конструкцій складів злочинів, передбачених нормами чинного КК України, не містить в собі всі двадцять ознак, звичайно, вона характеризується набагато меншою їх кількістю, які для даного складу злочину прийнято називати обов'язковими. У кримінально-правовій теорії та на практиці ознаки складу злочину прийнято аналізувати у певній послідовності, за елементами складу злочину. Починають з об'єктивних ознак (тих, що відносяться до об'єкта та об'єктивної сторони), а потім переходять до суб'єктивних ознак. Що ж до аналізу останніх, то загальновизнаної схеми не вироблено. Одні вважають, що спочатку належить доводити наявність ознак суб'єктивної сторони, а вже потім суб'єкта, інші ж навпаки, стверджують, що процес кваліфікації за суб'єктивними ознаками повинен починатися з встановлення ознак суб'єкта злочину, а вже потім ознак суб'єктивної сторони. Остання позиція видається більш вдалою, а аргументи, висунуті на її користь - переконливими. Адже, перш ніж говорити про психічне ставлення до вчиненого діяння та його наслідків, слід визначити чи є сама особа вину, мотив та мету дій якої ми визначаємо. Крім того, констатація того, що особа, яка вчинила діяння, не досягла віку з якого може наставати кримінальна відповідальність чи була неосудною, виключає саму постановку питання про її вину стосовно вчиненого діяння.

Послідовно проаналізувавши всі елементи та обов'язкові ознаки, які їх утворюють, можна зробити узагальнений висновок про наявність або відсутність складу конкретного злочину. Залежно від наявного "набору" ознак визначаються подальші дії щодо кваліфікації діяння.

Етап визначення стадії вчинення діяння

Відомо, що у статтях Особливої частини КК сформульовані ознаки закінчених злочинів, вчинених виконавцем. Тому відсутність у вчиненому всіх ознак складу злочину, передбаченого статтею Особливої частини КК, зовсім не означає, що скоєне не може кваліфікуватися за цією нормою, що відсутній склад злочину. Відсутність суспільно небезпечних наслідків, незавершеність діяння, описаних у нормі Особливої частини, за наявності всіх інших обов'язкових ознак складу злочину, може свідчити про те, що має місце не закінчений злочин, а готування до цього злочину чи замах на нього. Тому одним із етапів цієї стадії кваліфікації є оцінка скоєного посягання як закінченого чи перерваного на попередніх стадіях. На цьому етапі визначається має місце закінчений злочин, який кваліфікується лише за статтею Особливої частини, чи вчинене готування до злочину або замах на нього, які кваліфікуються з посиланням на відповідні частини ст.14 або 15 КК.

Етап оцінки діяння, яке виконане спільно кількома особами

Аналогічно проводиться оцінка посягання у випадку, коли у ньому брали участь дві чи більше особи, причому, у діяннях деяких з них відсутні всі ознаки складу злочину, описаного у статті Особливої частини КК. На цьому етапі визначається форма співучасті та вид співучасника і враховуються ці обставини при кваліфікації посягання. Якщо має місце співучасть у незакінченому злочині, то при кваліфікації враховується поєднання цих двох кримінально-правових інститутів.

Етап оцінки діяння, яке передбачене кількома нормами

Ще один з етапів цієї стадії кваліфікації полягає у вирішенні питань, пов'язаних із співвідношенням одиничного злочину та множинності злочинів. Насамперед, з'ясовується, чи є вчинений злочин одиничним, якщо так, то який його вид - простий чи складний (продовжуваний, триваючий, складений). Якщо має місце множинність злочинів, то визначається вид множинності, виясняється, чи потребують самостійної кваліфікації окремі прості злочини, які утворюють множинність, чи все охоплюється нормою, що передбачає відповідальність за множинність посягань.

Етап оцінки суспільної небезпеки діяння

Доведення відповідності фактичних і юридичних ознак посягання, або, як ще кажуть, підведення факту під закон - констатація того, що у вчиненому є всі обов'язкові ознаки складу злочину, далеко не завершує кваліфікації. Хоча, треба відзначити, що у юридичній літературі була висловлена й інша думка, про те, що кваліфікація злочину вичерпується встановленням відповідності конкретного діяння ознакам того чи іншого складу злочину, передбаченого законом. Однак, більш обгрунтованою слід вважати загальновизнану на сьогодні позицію, згідно з якою процес кваліфікації включає в себе і прийняття рішення по справі. Г.А.Лєвіцкій справедливо відзначав, що кваліфікація злочину не може зводитися до механічного процесу порівняння, співставлення і встановлення формального співпадіння чи неспівпадіння ознак діяння й тієї чи іншої кримінально-правової норми. Вона одночасно включає у себе і розкриття суспільно-політичної сутності вчиненого діяння і дійсного політичного змісту закону, що застосовується. Розкриття ж суспільно-політичної сутності посягання - це не що інше, як визначення характеру і ступеня його суспільної небезпеки. Воно охоплює і встановлення відсутності малозначності дії або бездіяльності. Відповідна оціночна діяльність становить, як вже відзначалося, окремий етап цієї стадії кваліфікації злочинів.

Відомо, що суспільна небезпека - це не якась самостійна ознака складу злочину, а риса, яка виражена у сукупності таких ознак. Разом із тим, далеко не всі ознаки складу злочину "формують" його суспільну небезпеку. Зокрема, не є ознаками, які визначають суспільну небезпеку посягання, такі, як причиновий зв'язок, загальні ознаки суб'єкта. І навпаки, серед ознак складу злочину можна виділити такі, які головним чином і визначають його суспільну небезпеку. Це - важливість об'єкта злочинного посягання, характер і розмір злочинних наслідків, спосіб, місце, час, обстановка, знаряддя вчинення злочину, форма вини, мотив та мета дій особи, ознаки спеціального суб'єкта.

Визначення суспільної небезпеки посягання у ході його кваліфікації можливе лише після того, як визначена кримінально-правова норма (норми), яка передбачає відповідальність за нього. Однак, саме по собі визначення норми кримінального закону ще не означає, що питання про суспільну небезпеку посягання однозначно вирішене. Відомо, що у кримінально правових нормах відображена типова суспільна небезпека певного посягання. А відповідні ознаки складу того чи іншого злочину містять ту "частину суспільної небезпеки", яка у сукупності достатня для визнання певного посягання злочином. Однак певна комбінація одних і тих же ознак складу злочину може змінювати суспільну небезпеку посягання у цілому. Так, крадіжка державного майна з проникненням у приміщення чи інше сховище на думку законодавця свідчить про те, що такі діяння є суспільно небезпечними і такими, за які повинна наставати кримінальна відповідальність навіть тоді, коли вартість викраденого менша трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тобто, суспільну небезпеку такої крадіжки визначають не стільки її суспільно небезпечні наслідки, скільки місце та спосіб вилучення майна.

Констатація того, що вчинена дія або бездіяльність формально містить ознаки злочину, але через малозначність не являє суспільної небезпеки, виключає кваліфікацію скоєного як злочину за певною статтею Особливої частини кримінального закону. Разом із тим, діяння не може бути визнане малозначним безвідносно до конкретної кримінально-правової норми. Немає малозначного посягання взагалі - є малозначна крадіжка, малозначна підробка документів, малозначне зберігання бойових припасів, тощо. Тому передумовою застосування ч.2 ст.11 КК є кваліфікація посягання за формальними ознаками за певною статтею Особливої частини КК.

Етап визначення наявності обставин, що усувають злочинність діяння

Наступний етап цієї стадії кваліфікації пов'язаний із доведенням того, що в скоєному наявні чи відсутні обставини, які усувають злочинність діяння. Потреба у цьому етапі кваліфікації виникає далеко не у всіх випадках, а лише тоді, коли серед фактичних обставин справи є ознаки необхідної оборони, крайньої необхідності, правомірного заподіяння шкоди при затриманні злочинця чи інших обставин, що усувають злочинність діяння.

Застосування відповідних інститутів Загальної частини кримінального права України передбачає вирішення питань кваліфікації і за статтями Особливої частини. Повинні кваліфікуватися як діяння осіб, які правомірно заподіюють шкоду, так і діяння тих осіб, проти яких застосована необхідна оборона, заподіяна шкода у стані крайньої необхідності чи у зв'язку з затриманням злочинця. Лише тоді, коли шкода в обстановці крайньої необхідності заподіяна для відвернення загрози, викликаної діями тварин, сил природи тощо кваліфікації потребують лише дії особи, яка заподіяла таку шкоду. Важливо відзначити, що дії осіб, які заподіяли шкоду при обставинах, що усувають злочинність діяння, кваліфікуються відповідними працівниками правоохоронних органів. Дії ж, що виступають підставою для необхідної оборони, крайньої необхідності, затримання злочинця, як суспільно небезпечні повинні оцінити самі особи, які правомірно заподіюють шкоду.

Констатація того, що має місце необхідна оборона, крайня необхідність чи затримання злочинця можлива лише після того, як буде встановлено наявність формальних ознак певного злочину, передбаченого конкретною статтею Особливої частини кримінального законодавства. Для необхідної оборони та затримання злочинця - це ознаки злочинів проти особи - вбивства, заподіяння тілесних ушкоджень, незаконного позбавлення волі. Для крайньої необхідності - крім вказаних наслідків, це також знищення чи пошкодження майна.

Відсутність у скоєному ознак будь-якого злочину, чи малозначність посягання виключає саму постановку питання як про необхідність застосування кримінально-правових заходів, так і про наявність обставин, що усувають злочинність діяння. Саме тому і є підстави виділяти цей етап кваліфікації як окремий.

Поняття юридичного закріплення результатів кримінально-правової кваліфікації

Встановлення відповідності між юридично значущими ознаками посягання і ознаками злочину, передбаченими законом, тобто обгрунтування (доведення) правильності вибору норми - це діяльність, яка відбувається у свідомості особи, яка проводить кваліфікацію. Вона ніяк не об'єктивується назовні, не відображається у документах, не тягне правових наслідків. Для того, щоб це сталося, потрібно, щоб кваліфікація пройшла свою третю стадію - стадію юридичного закріплення результатів.

Етап формулювання результатів кваліфікації

Етап формулювання результатів кваліфікації в процесуальних документах включає у себе, принаймні, три дії:

1) виклад фактичних обставин справи;

2) складання формули кваліфікації;

3) викладення формулювання звинувачення.

Виклад фактичних обставин справи полягає у формулюванні фактичного складу діяння. Тобто, з усіх встановлених по справі фактичних даних вибираються ті, які мають значення, враховуються при її вирішенні, виступають фактичною підставою застосування правової норми.

**Формула кваліфікації** - це вказівка на статті Особливої, а в певних випадках і Загальної частини кримінального закону, якими передбачене вчинене діяння, шляхом використання скорочених, умовних позначень. Вона становить собою сукупність цифрових та буквених позначень, які вказують на статті (а також їх частини та пункти) Загальної та Особливої частини кримінального закону, за якими кваліфікується діяння.

Формула кваліфікації, як і будь-яке скорочення, для того, щоб була зрозумілою і піддавалася розшифруванню, повинна складатися з дотриманням певних правил. Загальні вимоги до формули кваліфікації такі:

1) в ній ***має бути названий кримінальний закон***, за яким кваліфікується діяння. Оскільки єдиним джерелом, в якому визначається злочинність і караність та інші кримінально-правові наслідки є тільки Кримінальний кодекс України, то обмежуються загальновідомим скороченим позначенням - КК. Враховуючи, що зараз має місце перехідний період, коли у конкретних справах інкримінується порушення як раніше чинного, так і нового кримінального законодавства України, в необхідних випадках потрібно вказувати, що скоєне кваліфікується за КК України 1960 чи за КК 2001 року;

**Наприклад, ч.3 ст.101 КК України 1960 р., ч.1 ст.296 КК України 2001 р.**

2) якщо стаття поділена законодавцем на кілька частин або пунктів,***слід вказати структурну частину відповідної статті***.

**Наприклад: ч.4 ст.185 КК (крадіжка, вчинена у великих розмірах);**

**пп..1), 6) ч.2 ст.115 КК (умисне вбивство двох або більше осіб, вчинене з корисливих мотивів)**

3) ***при необхідності потрібно зробити посилання на статті Загальної частини КК****:*

- якщо має місце готування до злочину то при кваліфікації потрібно послатися на ч.1 ст.14 КК та на статтю Особливої частини КК, яка передбачає відповідний закінчений злочин

**Наприклад: ч.1 ст.14 - ч.3 ст.185 КК України;**

- якщо має місце замах на злочин, то залежно від його виду (закінчений чи незакінчений) потрібно послатися на ч.2 або ч.3 ст. 15 КК) та на відповідну статтю Особливої частини КК.

**Наприклад: ч.2 ст.15 КК - ч.3 ст.185 КК України;**

- якщо злочин вчинений у співучасті - і це не “співучасть Особливого роду”, яка прямо передбачена статтею Особливої частини КК, то при кваліфікації слід вказати частину ст.27 КК, яка передбачає діяльність співучасника того виду, діяння якого кваліфікуються, або ж частину ст.28 КК, яка передбачає форму співучасті, в якій вчинено злочин, який кваліфікується.

**Наприклад: ч.5 ст.27- ч.3 ст.185 КК України;**

**ч.3 ст.28 - ч.2 ст.192 КК України.**

4) у формулі кваліфікації ***належить правильно розставити розділові знаки, записати її так, щоб уникнуто неясності чи двозначності***:

- якщо має місце множинність злочинів, то кожна стаття Особливої частини має бути відокремлена крапкою з комою;

- посилання на статті Загальної частини відокремлюються від статті Особливої частини дефісом;

- посилання на статтю Загальної частини здійснюється окремо щодо кожної із статей Особливої частини КК

**Наприклад: ч.2 ст.15 - ч.2 ст.194; ч.3 ст.15 - ч.1 ст.134; ст. 138 КК України** *Неправильно: ч.2 ст.15, ч.2 ст.194,ч..1 ст.134, ст. 138 КК.*

- формула кваліфікації щодо кожної особи записується окремо.

**Формулювання звинувачення** становить собою словесне посилання на ті кримінально-правові норми, які відображені у формулі кваліфікації; юридичні формулювання, що відображають норми закону, в яких встановлена відповідальність за вчинене посягання. Формулювання звинувачення дозволяє усунути певну неконкретність, яка може мати місце у формулі кваліфікації. Адже в формулюванні звинувачення формула кваліфікації не лише розшифровується (тобто в ній називаються норми, які формулою кваліфікації лише позначені), а й конкретизується завдяки тому, що в ній вказуються не всі альтернативні ознаки діяння, які передбачені відповідною статтею кримінального закону, а лише ті, які мають місце в даному випадку.

У цьому формулюванні словами відображається сутність звинувачення, пред'явленого особі - тобто вказується, у скоєнні якого злочину (яких злочинів) обвинувачується особа. Наприклад: "На підставі наведеного Н. звинувачується у замаху на розкрадання державного майна шляхом крадіжки, вчиненому повторно, з проникненням у приміщення та у великому розмірі, тобто у злочині, передбаченому ч.2 ст.17- ч.4 ст.81 КК України".

Формулювання звинувачення не замінює формулу кваліфікації, а використовується разом із нею в найбільш об'ємних і важливих процесуальних документах - постанові про пред'явлення обвинувачення, обвинувальному висновку, постанові про віддання до суду, вироку.

Етап мотивування кваліфікації

Завершальним етапом кримінально-правової кваліфікації є її мотивування у процесуальних документах. Висновок органів дізнання, досудового слідства слідства, прокуратури, суду щодо необхідності кваліфікації скоєного за певними нормами кримінального закону повинен бути не лише правильним по суті, а й обгрунтованим. Цим досягається стабільність кваліфікації - оскільки її зміна у такому разі потребує спростування висловлених аргументів; зрозумілість прийнятих рішень як для інших працівників правоохоронних органів, суддів, так і всіх громадян. Мотивування кваліфікації зміцнює впевненість у її правильності і самої службової особи, яка її здійснила. Тому процесуальний закон вимагає мотивування прийнятих рішень, включаючи і рішення щодо кваліфікації злочину.

Обгрунтування кримінально-правової кваліфікації повинно складатися з сукупності міркувань, які стосуються:

- мотивування того, які саме встановлені фактичні ознаки враховуються при кваліфікації. Іншими словами, перший етап мотивування кваліфікації - це мотивування наявності фактичного складу діяння;

- пояснення вибору кримінально-правової норми. Мають бути наведені аргументи, керуючись якими обрана саме ця норма при наявності конкуренції чи колізії; чому вбачається наявність чи відсутність сукупності норм, які слід інкримінувати особі; навіщо при кваліфікації зроблене посилання на статті Загальної частини КК тощо;

- з'ясування логічної структури кримінально-правової норми, за якою кваліфікується діяння;- виклад того, які ознаки складу злочину є в даному випадку обов'язковими, тобто вказівка на юридичний склад злочину;

- доведення відповідності між кожною ознакою фактичного і юридичного складу.

Мотивування кваліфікації полягає у посиланні на акти офіційного тлумачення закону, постанови Пленуму Верховного Суду України, загальновизнані теоретичні положення (правила кваліфікації злочинів), міркування, висловленні самою особою, яка здійснює кваліфікацію. Отже, ***мотивування кваліфікації - це наведені в процесуальних документах положення, які доводять правильність рішення щодо кваліфікації скоєного, вираженого у формулі кваліфікації та формулюванні звинувачення.***

Кваліфікацію належить обгрунтовувати у всіх справах, однак обсяг, детальність такого обгрунтування залежить від складності справи.

Результат кримінально-правової кваліфікації.

Під результатом кваліфікації слід розуміти кінцевий підсумок, завершення, висновок про правову оцінку скоєного.

Якщо стадії та етапи кваліфікації характеризують динаміку відповідної діяльності, то результат кваліфікації - її статику.

Отже, кримінально-правова оцінка вчиненого посягання може привести до таких результатів:

**1. Діяння є злочином:**

- закінченим, вчиненим виконавцем - передбаченим певною нормою Особливої частини кримінального закону;

- готуванням до злочину або замахом на злочин, співучастю у злочині - діяння, які кваліфікуються з посиланням на відповідні частини статей Загальної частини КК;

- має місце множинність злочинів, які кваліфікуються за кількома статтями Особливої частини (в певних випавдках - частинами статей);

**2. Діяння не є злочином:**

- воно передбачене кримінальним законом, але у зв'язку з малозначністю (ч.2 ст.11 КК) не становить суспільної небезпеки;

- воно передбачене кримінальним законом, але вчинене у стані необхідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні злочинця чи при інших обставинах, що усувають злочинність вчиненого;

- у скоєному відсутні ознаки будь-якого злочину, передбаченого кримінальним законом.

## 1.3 Структура кримінально-правової кваліфікації

Поняття структури кримінально-правової кваліфікації

Кримінально-правова кваліфікація, як і будь-яке складне явище, має свою внутрішню будову, складається з певних елементів. Структуру кваліфікації утворюють ті ж елементи, які входять у структуру будь-якої людської діяльності. Це її об'єкт, суб'єкт та зміст

Об'єкт кримінально-правової кваліфікації

Таким об'єктом є те, на що спрямована відповідна діяльність, що підлягає оцінці з точки зору кримінального закону.

Було б неточно визнавати об'єктом кваліфікації злочин. Адже про те, що таке діяння є злочином, можна говорити лише тоді, коли процес кваліфікації завершений і зроблено висновок, що має місце посягання, передбачене певною забороняючою нормою кримінального закону. Кримінально-правовій оцінці піддаються не лише злочинні посягання, а й інші діяння, які чимось схожі зі злочинами. У сферу уваги органів, які здійснюють кваліфікацію, останні входять тому, що мають ряд ознак, спільних із злочинами. Вони можуть бути формально передбачені кримінальним законом; бути об'єктивно суспільно небезпечними у зв'язку із заподіянням істотної шкоди правоохоронюваним інтересам; характеризуватися умислом на заподіяння великої шкоди; вчинятися з мотивом чи метою, які характерні для злочинів.

Узагальнено ж об'єктом кваліфікації можна назвати діяння, що підлягає кримінально-правовій оцінці.

Суб'єкт кримінально-правової кваліфікації

Ще однією складовою структури кримінально-правової кваліфікації є її суб'єкт. Суб'єкт кваліфікації - це той, хто здійснює кримінально-правову оцінку діяння

Суб'єкти виділяються та класифікуються залежно від їх повноважень щодо кримінально-правової оцінки скоєного та правових наслідків кваліфікації. Класифікувати суб'єктів кримінально-правової кваліфікації видається доцільним з врахуванням:

- правового значення їхньої оціночної діяльності, тобто на тих, оцінка яких тягне за собою правові наслідки та тих, оцінка якими певних діянь правового значення не має;

- того, чиї діяння підлягають оцінці - інших осіб, чи свої власні і відповідно правові наслідки кваліфікації настають для інших осіб, чи для визначення своїх власних прав та обов'язків;

- чи повинні офіційні державні органи реагувати на запропоновану кримінально-правову оцінку.

Для того, щоб віднести тих чи інших суб'єктів кримінально-правової кваліфікації до певної класифікаційної групи слід дати характеристику кожного з них. Розпочати її доцільно з суб'єктів офіційної кваліфікації. Поняття суб'єктів офіційної кваліфікації в цілому не викликає дискусій. Однак окремі моменти все ж слід уточнити, оскільки деякі висловлені в літературі положення видаються спірними.

Перше зауваження стосується того, **наскільки вдало визнавати суб'єктами офіційної кваліфікації окремих осіб?** Видається, що точніше у цьому випадку говорити, що такими суб'єктами виступають не особи - працівники правоохоронних органів, судів, а самі такі органи. Підстави для такого розуміння дає кримінально-процесуальне законодавство. Обов'язок кваліфікації покладається на відповідні органи, у КПК визначаються межі повноважень щодо кваліфікації не окремих осіб, а органів, що здійснюють провадження на певних стадіях кримінального процесу. Окремі ж працівники таких органів здійснюють кваліфікацію, лише в тій частині, яка полягає в розумовій, логічній діяльності.

Наступне положення стосується того, **які ж саме державні органи є суб'єктами кримінально-правової кваліфікації**. В літературі висловлюється думка, що "кваліфікувати офіційно якусь дію як злочинну дозволено лише суду, про що чітко вказано в ст.62 Конституції України: особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і не встановлено обвинувальним вироком суду"[[1]](#footnote-1). Видається, що підстав для категоричного висновку, відповідно з яким суд є єдиним суб'єктом офіційної кваліфікації діяння як злочину ні конституційна норма, на яку посилається автор наведеного висловлювання, ні тим більше галузеве законодавство не дає. Положення ч.1 ст. 62 Конституції України закріплює процесуальний принцип презумпції невинуватості, а не визначає суб'єктів матеріально-правової кваліфікації. Суть цієї норми зводиться до того, що найтяжчий правовий наслідок вчиненого злочину - покарання - може бути накладене лише судом, будь-які рішення щодо оцінки діяння як злочину є попередніми, поки вони не закріплені в судовому вироку. Вона служить гарантією від необгрунтованого обвинувачення і засудження, передбачає, що може бути спростована лише шляхом доказування вини законними процесуальними засобами, причому тягар доказування покладається на органи дізнання, попереднього розслідування, прокуратури і суду. Однак це зовсім не означає, що такі органи не можуть здійснювати попередню оцінку діяння як злочину. В кримінально-правовій літературі прийнято розрізняти попередню і остаточну кваліфікацію злочину. Така попередня кваліфікація якраз і здійснюється органами дізнання, попереднього розслідування, прокуратури та судом до постановлення вироку. Без неї неможливий перехід до остаточної кваліфікації. Адже, якщо діяння попередньо не кваліфікувати як злочин, то неможливе ні порушення кримінальної справи, ні вчинення будь-яких інших процесуальних дій стосовно особи, яка підозрюється, обвинувачується у вчиненні злочину, віддається в зв'язку з цим до суду. Тому потрібно визнати, що кваліфікувати діяння як злочинне може не лише суд.

Таким чином можна стверджувати, що суб'єктами кримінально-правової кваліфікації є органи дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Ці органи здійснюють як оцінку діяння з точки зору кримінального закону, так і офіційно закріплюють її в відповідних процесуальних документах.

Окремі громадяни як суб'єкти кримінеально-правової оцінки

Розглянемо статус ще однієї групи суб'єктів, кримінально-правова оцінка, здійснена якими, тягне правові наслідки - має значення для визначення їхніх власних прав і обов'язків. Такими суб'єктами в ряді випадків виступають окремі громадяни. При цьому вони здійснюють лише розумову, мислительну оцінку скоєного, яка не знаходить відповідного процесуального оформлення.

Перший із таких випадків стосується **кримінально-правової оцінки, яку громадяни повинні вчиняти у зв'язку з використанням ряду *обставин, що виключають злочинність діяння* -** реалізації свого права на необхідну оборону, затримання злочинця тощо .

Відповідно до КК необхідна оборона - це оборона від суспільно небезпечного посягання. У теорії ж кримінального права і на практиці безспірним є положення, що суспільно небезпечне посягання полягає у вчиненні діяння, передбаченого Особливою частиною кримінального закону. Свого часу Пленум Верховного Суду колишнього Союзу РСР в постанові від 16 серпня 1984 р. "Про застосування судами законодавства, яке забезпечує право громадян на необхідну оборону від суспільно-небезпечних посягань" прямо вказав, що під суспільно небезпечним посяганням, захист від якого допускається у межах ст.13 Основ кримінального законодавства, слід розуміти діяння, передбачене Особливою частиною кримінального закону, незалежно від того, чи притягається особа, яка його вчинила, до кримінальної відповідальності чи звільнена від неї у зв'язку з неосудністю, недосягненням віку притягнення до кримінальної відповідальності або за іншими підставами. Таке ж розуміння суспільно небезпечного посягання - як діяння формально передбаченого кримінальним законом, як злочину превалює і у літературі. Воно цілком відповідає ч.4 ст.27 Конституції України, згідно з якою кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших громадян від *протиправних* посягань. Таким чином, і у Конституції підкреслюється те, що захищатися можна від посягань, які, принаймні, формально суперечать праву, які передбачені законом як правопорушення.

Отже, перш ніж реалізувати своє право на необхідну оборону - заподіяти шкоду тому, хто нападає - особа, яка захищається, повинна визначити, що протидіє суспільно небезпечному посяганню. Тобто, пересічний громадянин повинен, принаймні, у першому наближенні здійснити дії, які є за своєю суттю кримінально-правовою кваліфікацією, хоча й неофіційною.

Аналогічні дії повинен здійснити і громадянин, який реалізує своє право, закріплене у ст.38 КК на затримання того, хто вчинив посягання, шляхом заподіяння йому фізичної шкоди. Ця норма називає особу, яка вчинила напад, "особою, яка вчинила злочин", відповідний інститут Загальної частини кримінального права прийнято іменувати "затриманням злочинця". Не вдаючись у те, наскільки ці формулювання відповідають відомим конституційним положенням про презумпцію невинуватості (ч.1 ст.62 Конституції України) та ч.2 ст.2 КК, тим не менше відзначимо, що затримувати шляхом заподіяння шкоди можна лише особу, дії якої оцінені як злочинні. Таку оцінку знову ж, як і у випадку необхідної оборони, має дати не суд чи інший уповноважений державою орган, а будь-який громадянин, що реалізує своє право на затримання злочинця.

В аналогічній ситуації опиняється і громадянин, який діє відповідно до ст.60 Конституції України, яка вказує, що ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. Визначити, що наказ чи розпорядження є злочинними - означає оцінити їх як такі, що передбачені кримінальним законом як злочин, провести їх кримінально-правову оцінку.

Другий **випадок, коли обов'язок провести кримінально-правову оцінку поведінки інших осіб покладається на окремих громадян, стосується *приховування злочинів***. Кримінальна відповідальність за приховування злочину настає лише за умови, що цей злочин є тияжким чи особливо тяжким (ч.1 ст.396 КК). Таким чином, перш ніж визначити, чи є кримінально караним заздалегідь не обіцяне приховування злочинів, потрібно провести кримінально-правову оцінку діяння, причетність до якого стає предметом кваліфікації. Причому, тут ми знову ж таки зустрічаємося з ситуацією, коли злочинним діяння іншої особи необхідно визнати ще до того моменту, коли це буде зроблено судом.

Нарешті, **ще один випадок,** коли визначення кримінально-правовох норми, якою передбачено вчинене посягання, покладається не на спеціально уповноважених представників державних органів, а на окремих громадян, **пов'язаний зі *справами приватного звинувачення***. Стаття 27 КПК встановлює перелік злочинів, справи про які порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого. У вказаних випадках потерпілий має право подати скаргу як до органів внутрішніх справ або прокуратури, так і безпосередньо до суду. У своїй заяві потерпілий не зобов'язаний вказувати кваліфікацію дій винного. Пленум Верховного Суду України у п.2 постанови від 25 січня 1974 р. "Про судову практику в кримінальних справах, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, та практику передачі таких справ і матеріалів на розгляд товариських судів" вказує, що у такій скарзі має бути викладено прохання щодо порушення кримінальної справи щодо конкретних осіб, зазначено, у чому дістали прояв їх злочинні дії, вказано місце і час події та наведені докази, що підтверджують вчинення злочину. Однак, не визначивши, що посягання, передбачене конкретною статтею Особливої частини, неможливо а ні зробити висновок, що воно є злочинним, а ні обрати спосіб захисту порушених прав, який полягає у зверненні до суду з проханням притягнути винного до кримінальної відповідальності.

Слід зазначити, що вказаними вище обмежується коло випадків, у яких кримінально-правову оцінку поведінці інших осіб повинні давати окремі громадяни. Не покладається на них обов'язок давати таку оцінку і власним діям чи бездіяльності - визначати якою нормою кримінального закону вони передбачені. Зокрема, усвідомлення особою, яка вчиняє умисне посягання, першої інтелектуальної ознаки цієї форми вини - усвідомлення суспільно небезпечного характеру своєї дії або бездіяльності - не передбачає усвідомлення їх кримінальної протиправності. В літературі висловлюються пропозиції включити до ознак вини знання суб'єктом протиправності діяння. Однак суб'єкт злочину може усвідомити протиправність своєї дії або бездіяльності лише за умови, що він кваліфікував скоєне ним. Адже усвідомлення протиправності дії або бездіяльності - це не що інше, як усвідомлення того, що діяння передбачене конкретною статтею нормативно-правового акту. Реалізація такої пропозиції означатиме, що, обов'язок кваліфікації буде покладений на будь-яку особу. В світлі висловленого вище погодитися з цим не можна. Крім того, у теорії кримінального права загальновизнано, що презумпція знання кримінального закону передбачає, що особа усвідомлює кримінальну протиправність своєї поведінки лише у загальних рисах. Від громадянина не вимагається знати конкретні норми, які він порушує. Аксіоматичним є положення, згідно якого незнання закону не звільняє від відповідальності, досить того, що особа мала можливість ознайомитися з належно оприлюдненим нормативним актом.

Суб'єкти кримінально-кримінально-правової оцінки, діяльність яких не тягне правових наслідків

Розглянемо серед суб'єктів кримінально-правової оцінки положення осіб, діяльність яких не тягне за собою правових наслідків. Спочатку зупинимося на тих, позиція яких щодо кваліфікації скоєного повинна бути оцінена офіційними державними органами - повноправними суб'єктами кримінально-правової кваліфікації.

Насамперед, - це **захисник у кримінальній справі та обвинувачений**. Не викликає сумніву, що вони не є суб'єктами офіційної кваліфікації. Але, разом із тим, їх повноваження, як учасників процесу виходять за межі того, що вчиняють суб'єкти неофіційної кваліфікації. Відповідно до ст.221 КПК обвинувачений або захисник вправі подавати клопотання про зміну кваліфікації злочину. Таке клопотання не є просто думкою стороннього громадянина. Воно породжує для слідчого, прокурора, суду обов'язок погодитися з запропонованою кваліфікацією або навпаки, не задовольнити клопотання, навівши при цьому мотиви свого рішення. Таким чином, кваліфікація, запропонована обвинуваченим та (або) його захисником, не будучи обов'язковою, тим не менше породжує для відповідних офіційних органів обов'язок реагувати на неї.

У зв'язку з цим виникає питання чи наділені правом подавати клопотання щодо кваліфікації скоєного інші учасники процесу - підозрюваний, потерпілий, цивільний позивач та цивільний відповідач? Прямої відповіді на це КПК не дає, у його статтях (ст.ст.431, 49-51) вказано, що ці учасники процесу вправі заявляти клопотання, однак чи можуть стосуватися ці клопотання (як клопотання обвинуваченого та захисника) кваліфікації скоєного у нормах кримінально-процесуального законодавства не визначено. З його норм однозначно не можна встановити, чи це позиція законодавця, який у цій сфері обвинуваченому та його захиснику надає більші права, ніж іншим учасникам процесу, чи просто погрішності у викладенні відповідних норм. Шукаючи відповідь на це питання, належить враховувати такі обставини. По-перше, зацікавленість у тій чи іншій кваліфікації скоєного можуть проявляти всі учасники процесу. Адже від кваліфікації злочину залежить обсяг і їх прав. По-друге, оскільки законодавець не визначає, з приводу чого можна заявляти клопотання, то вони можуть стосуватися будь-яких питань, у тому числі і питань кваліфікації. По-третє, клопотання учасників процесу самі по собі не породжують правових наслідків, вони підлягають вирішенню органами попереднього розслідування, прокуратури і суду. Тому і клопотання з приводу кваліфікації не створюють небезпеку неправильного вирішення справи, навпаки, вони можуть допомогти відповідним державним органам або ж впевнитися у правильності проведеної ними кваліфікації, або ж усунути допущені помилки. Нарешті, розгляд по суті клопотань потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача щодо кваліфікації у ході процесу сприятиме підвищенню авторитетності прийнятих рішень, обмежить грунт для подання скарг на вироки суду. Тому, видається, орган дізнання, слідчий, прокурор та суд повинні розглядати клопотання щодо кваліфікації посягання усіх учасників процесу, та вирішувати їх по суті, даючи аргументовану відповідь.

Становить інтерес **значення кваліфікації посягання, яке здійснюють фахівці у галузі права**, що їх залучають до вирішення справи, до яких звертаються за допомогою слідчі, прокурори, судді. Поширеною є думка, що експертиза з питань кваліфікації не може бути проведена. Не може бути залучений до кримінально-правової кваліфікації фахівець у галузі права і як спеціаліст, оскільки відповідно до ст.1281 КПК він бере участь лише у проведенні слідчих дій. Загалом такий підхід вважається правильним. Адже особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя повинні самі знати право та вміти його застосовувати і не залучати до вирішення суто професійних питань інших осіб. Крім того, кваліфікація є частиною процесу застосування правових норм - державно-владної діяльності, яку можуть здійснювати лише працівники відповідних державних органів.

Оцінка скоєного усіма іншими особами - які жодним чином не залучені до справи - науковців, студентів, інших громадян має лише інформативне значення, цінна своєю аргументованістю, логічністю. Суб'єкти «офіційної» кваліфікації не зобов'язані реагувати на неї.

В зв'язку з поділом суб'єктів кваліфікації на види слід звернути увагу ще на одну обставину. Офіційна кваліфікація завжди стосується лише тих дій, які вже вчинені, вона є ретроспективною. Орган дізнання, слідчий, прокурор, суд оцінюють факти минулого часу, які не лише відбулися, але й зафіксовані в установленому законом порядку. В той же час неофіційній кваліфікації можуть піддаватися факти і минулого, і майбутнього. Нерідко громадянин, перед тим, як вчиняти ті чи інші дії, задумується над їх правомірністю, відповідністю чи невідповідністю кримінальному закону. А тим самим проводить кримінально-правову оцінку ще невчинених, можливих дій. При цьому перспектива кримінальної відповідальності або утримує від вчинення злочину, або ж ігнорується. Ще одним із видів такої перспективної кваліфікації є правова експертиза проектів нормативно-правових актів, в ході якої прогнозується можливість вчинення діянь, заборонених кримінальним законом внаслідок прийняття відповідних норм, а також проектів управлінських рішень, господарських угод.

Зміст кримінально-правової кваліфікації

Зміст кваліфікації - це те, що складає її сутність, з приводу чого вона розпочинається і заради чого здійснюється. Її змістом є оцінка скоєного з точки зору кримінального закону як злочину чи незлочинної поведінки. Для цього здійснюється вибір кримінально-правової норми (норм), яка передбачає дане діяння, доказування того, що застосуванню у конкретному випадку підлягає саме ця норма (ці норми), юридичне оформлення та закріплення висновку про оцінку скоєного. Таким чином, за своїм змістом кримінально-правова кваліфікація полягає у правозастосовній діяльності, у встановленні відповідності між абстрактною нормою кримінального закону і конкретним випадком. З наведеного випливає, принаймні, два висновки, що стосуються змісту кримінально-правової кваліфікації.

Перший полягає у тому, що **кримінально-правова кваліфікація є частиною всієї правової кваліфікації**. Кожне діяння, стосовно якого здійснюється кримінально-правова кваліфікація, оцінюється з позицій не лише кримінального закону, а і нормативних актів інших галузей права. Висновок про відсутність у скоєному ознак злочину може тягти за собою подальшу оцінку скоєного як діяння, що знаходиться взагалі поза межами правового регулювання; як правомірного вчинку; як правопорушення, відповідальність за яке передбачене нормами інших галузей права.

Другий же висновок зводиться до того, що **кримінально-правова кваліфікація не полягає лише у кваліфікації *злочину***. Про те, що скоєне може кваліфікуватися саме як злочин, можна стверджувати лише після закінчення другої стадії процесу кваліфікації, коли буде доведена наявність ознак складу конкретного злочину. Кримінально-правова кваліфікація здійснюється щодо будь-якого діяння, яке містить хоча б формальні ознаки злочину, має з ним зовнішню подібність. Адже такій кваліфікації підлягають і випадки необхідної оборони, і малозначні посягання, і заподіяння шкоди при відсутності певних елементів чи ознак складу злочину.

Отже, можна стверджувати, що поняття "правова кваліфікація", "кримінально-правова кваліфікація" та "кваліфікація злочину" співвідносяться як загальне, особливе і одиничне. Причому про те, що мала місце кваліфікація саме злочину, можна стверджувати лише після завершення процесу кваліфікації.

У зв'язку з цим виникає питання про підстави та приводи для початку кримінально-правової кваліфікації діяння. У кримінально-процесуальному праві воно вирішується як питання про підстави та приводи для порушення кримінальної справи. Безумовно, що такий підхід має раціональне зерно, адже кримінальна справа не може бути порушена "взагалі", вона може бути порушена лише за певною статтею кримінального закону. Тобто, на момент порушення кримінальної справи має бути здійснена хоча б первісна, наближена кваліфікація діяння. Однак, пов'язувати початок кваліфікації лише з порушенням кримінальної справи було б неточно. Адже вона повинна здійснюватися ще і до порушення справи, у ході первісної перевірки матеріалів, що надійшли у розпорядження правоохоронних відомств. Тому, видається, підставою для проведення кримінально-правової кваліфікації є отримання уповноваженим органом будь-якої інформації про діяння, яке містить ознаки злочину.

## 1.4. Значення правильної кримінально-правової кваліфікації

Поняття правильної кримінально-правової кваліфікації

Правильна діяльність - це така, в ході якої дотримуються існуючих правил та норм, результат якої відповідає дійсності, є істинним. Кримінально-правову кваліфікацію ж слід вважати правильною тоді, коли вона здійснена на підставі повного, всебічного і об'єктивного дослідження фактичних обставин справи й застосування кримінального закону відповідно до загальновизнаних принципів кваліфікації.

Існує презумпція правильності кваліфікації. Вона базується на припущенні, що всі працівники правоохоронних органів, які здійснюють кримінально-правову оцінку діянь громадян, знають кримінальний закон та правила його застосування, дотримуються вимог кримінально-процесуального законодавства при дослідженні фактичних обставин справи, виконують свої повноваження добросовісно.

Очевидно, що значення (роль) кримінально-правової кваліфікації можна охарактеризувати шляхом вказівки на ті питання, вирішення яких обумовлене проведеною кваліфікацією. Причому це можна зробити лише для тих випадків, коли вона буде правильною. Неправильна ж кримінально-правова кваліфікація тягне за собою таке ж помилкове вирішення інших матеріально-правових, процесуальних, кримінологічних та криміналістичних питань.

Питання матеріального кримінального права, вирішення яких обумовлене правильною кваліфікацією

Найбільш широке коло питань, вирішення яких обумовлене кримінально-правовою кваліфікацією, стосується матеріального кримінального права. Тим самим ще раз підтверджується, що кваліфікація - це інститут в своїй основі кримінально-правовий. Причому значення правильної кваліфікації проявляється стосовно застосування як диспозиції, так і санкції кримінально-правової норми.

Насамперед, кваліфікація є передумовою оцінки характеру і ступеня суспільної небезпеки вчиненого посягання.

Кримінально-правова кваліфікація пов'язана і з визначенням ступеня тяжкості вчиненого злочину.

Правильна кримінально-правова кваліфікація є запорукою успішного вирішення питання про відповідальність за причетність до злочину. Відповідальність за заздалегідь не обіцяне переховування злочину настає лише тоді, коли такі злочини кваліфіковані за певними статтями Особливої частини.

Без правильної кваліфікації неможливе й вирішення питань, пов'язаних із звільненням від кримінальної відповідальності. Звільнення від кримінальної відповідальності можливе з врахуванням суспільної небезпеки вчиненого злочину та покарання, яке може бути призначене за нього - тобто в залежності від обставин, пов'язаних з кваліфікацією посягання.

Правильна кваліфікація лежить в основі призначення справедливого покарання.

Правильна кваліфікація відіграє свою роль і в ході звільнення від кримінального покарання. Можливість застосування чи незастосування окремих видів звільнення від покарання законом ставиться в залежність від того, як кваліфіковані дії засудженого.

Кримінально-правова кваліфікація відіграє відповідну роль при визначенні віку, з якого настає кримінальна відповідальність, та застосуванні примусових заходів виховного характеру. Відомо, що особи віком від чотирнадцяти до шістнадцяти років несуть кримінальну відповідальність лише при вчиненні діянь, які кваліфікуються за певними статями Особливої частини КК

Процесуальні питання, пов'язані з кримінально-правовою кваліфікацією

Вже порушення кримінальної справи фіксує той факт, що існують відповідні кримінально-правові відносиник, а кваліфікація діяння як злочину (яка набула законної сили) означає спростування презумпції невинуватості.

Після відповідної кваліфікації діяння виникає одне з основних процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного - право на захист. Цілий ряд статей КПК - ст.ст.132, 142, 223, 334 передбачають, що обвинувачений має право знати, в чому він обвинувачується, а засуджений - у вчиненні якого злочину його визнано винним. Це право включає знання особою як того, які фактичні обставини справи - вчинені діяння, суспільно небезпечні наслідки ставляться йому у вину, так і їх юридичну оцінку, тобто норми кримінального закону, в порушенні яких обвинувачується ця особа.

Види заходів процесуального примусу, які можуть бути застосовані в ході розслідування та судового розгляду, залежать від кваліфікації скоєного.

Правильна кримінально-правова кваліфікація є запорукою процесуальної "стійкості" прийнятих рішень та документів, які їх закріплюють. Адже неправильне застосування кримінального закону, зокрема, неправильна кваліфікація скоєного є підставою для скасування чи зміни вироку, інших процесуальних документів.

Правильна кваліфікація служить забезпеченню прав та законних інтересів потерпілого.

Кримінально-правова кваліфікація впливає на визначення форми попереднього розслідування. Орган дізнання, який буде його проводити, слідчий апарат якого органу - прокуратури, МВС, служби безпеки - визначається в залежності від кваліфікації посягання за статтею Особливої частини (ст.112 КПК). Слід підкреслити, що саме кваліфікація визначає підслідність, а не в залежності від підслідності кваліфікується скоєне.

Від кваліфікації залежить і визначення підсудності. Відомо, що в кримінальному процесі виділяють три види підсудності: 1) предметну (родову); 2) спеціальну (персональну); 3) територіальну (місцеву). При цьому предметна підсудність визначається характером (родом) вчиненого злочину, а в кінцевому підсумку - його кваліфікацією. Певним видам судів і ланкам судової системи підсудні справи про певні категорії злочинів, тобто так звана "обов'язкова підсудність" залежить від кваліфікації скоєного (ст.34 КПК).

Криміналістичне значення правильної кримінально-правової кваліфікації

Кваліфікація діяння як злочину певного виду враховується і при вирішенні ряду криміналістичних питань, насамперед, криміналістичній характеристиці злочинів. Методика розслідування злочинів будується в залежності від того, який це злочин - як він кваліфікується за статтями Особливої частини кримінального закону. Така методика включає в себе послідовність і особливості проведення слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, які обираються та проводяться з врахуванням, насамперед, того, який саме злочин розслідується. В основі методики розслідування злочинів знаходяться не суспільно небезпечні наслідки, не особа злочинця чи інші ознаки складу злочину, а його оцінка з позицій кримінального закону (наприклад, методика розслідування вбивств відрізняється від методики розслідування автотранспортних злочинів).

В значній мірі кримінально-правова кваліфікація визначає і тактику проведення окремих слідчих дій. Така тактика спрямована на отримання доказів про вчинення тих чи інших злочинів, а отже зміст тактичних прийомів та операцій детермінується уявленням про те, якою має бути кінцева мета їх проведення, наявність якого саме злочину повинна бути доведена. З врахуванням проведеної кримінально-правової кваліфікації визначається як зміст та особливості кожної слідчої дії та оперативно-пошукового заходу, так і сама доцільність їх використання по конкретній кримінальній справі.

Правова кваліфікація і кримінологічні питання

Кримінально-правова кваліфікація пов'язана з вирішенням багатьох кримінологічних питань. Так, вона служить базою для організації кримінально-правової статистики та планування заходів опору злочинності. Відомо, що для включення до кримінальної статистики злочинність повинна бути кваліфікована. В основі системи статистичної звітності лежить система Особливої частини кримінального законодавства та кваліфікація зареєстрованих злочинів за нормами Особливої частини кримінального законодавства. Будь-які помилки в кваліфікації чи зловживання при її здійсненні спотворюють кримінально-правову статистику, створюють ілюзію успіхів у боротьбі з певними видами злочинів чи навпаки, породжують страх перед засиллям тих чи інших посягань. В прямій залежності від точної кваліфікації перебуває виховний і попереджувальний вплив попереднього розслідування і судового розгляду. Саме особа, діяння якої кваліфікуються, найкраще знає свою дійсну роль у вчиненні посягання, знає і розуміє різницю в ступені суспільної небезпеки своїх діянь та діянь інших учасників злочину. Відсутність належної диференціації дій співучасників одного і того ж злочину, непослідовність у кваліфікації дій осіб, що вчиняють однорідні злочини підтримують у населення думку про "закон, як дишло", підриває віру в справедливість, підтримує враження про загальну корумпованість в правоохоронних органах. При таких умовах важко чекати реалізації цілей загальної превенції.

Таким чином, можна констатувати, що правильна кваліфікація має як суто кримінально-правове, так і кримінально-процесуальне значення, впливає на весь комплекс питань кримінальної відповідальності.

## 1.5. Дефініція кримінально-правової кваліфікації та її видів

Визначення поняття кримінально-правової кваліфікації

Різнобічна характеристика кримінально-правової кваліфікації, проведена вище, дає загальне уявлення про відповідну діяльність та її результати, структуру тощо. Разом із тим, вона не може замінити визначення поняття кваліфікації, як логічно оформлену загальну думку про це явище

Поняття кримінально-правової кваліфікації у літературі використовується, причому останнім часом все інтенсивніше, але спеціально не визначається. Як правило, кримінально-правову кваліфікацію ототожнюють з кваліфікацією злочину. Вказаний підхід видається неправильним, оскільки кримінально-правова кваліфікація куди ширша за об'ємом, включає у себе і цілий ряд інших видів кваліфікації. З попереднього викладу випливає, що кваліфікація злочину є частковим випадком кримінально-правової кваліфікації, ці поняття співвідносяться як вид та рід. У свою чергу, кримінально-правова кваліфікація є одним із видів юридичної кваліфікації.

Тому для визначення поняття кримінально-правової кваліфікації слід спочатку зупинитися на тому, що розуміється під правовою кваліфікацією. У літературі з питань загальної теорії права це поняття не викликає особливих дискусій. Загальновизнаним є розуміння правової кваліфікації як вибору юридичної норми, якою передбачені встановлені фактичні обставини, як юридичної оцінки усієї сукупності фактичних обставин справи шляхом віднесення даного випадку (головного факту) до певних юридичних норм.

Поняття ж кримінально-правової кваліфікації можна вивести, ввівши до загальних визначень юридичної кваліфікації ознаки, специфічні саме для даного виду діяльності. Видається, що є дві риси кримінально-правової кваліфікації, які і відрізняють її від усіх інших видів правової кваліфікації. Перша стосується правових норм та статей закону, на підставі яких проводиться оцінка, друга - кола фактичних обставин, які оцінюються (таких, які підлягають кваліфікації). Такий вид кваліфікації називається кримінально-правовою як тому, що оцінка здійснюється на підставі кримінального закону, так і тому, що оцінці підлягає злочинна (принаймні, за зовнішніми ознаками) поведінка.

Таким чином, можна констатувати, що кримінально-правова кваліфікація здійснюється стосовно фактичних обставин, які свідчать про заподіяння істотної шкоди або загрозу такої шкоди та протиправність яких передбачена Особливою частиною кримінального законодавства.

Виходячи з викладеного вище, можна запропонувати таке визначення поняття кримінально-правової кваліфікації: ***кримінально-правова кваліфікація - це оцінка діяння яке заподіяло чи могло заподіяти істотну шкоду та характеризується рисами кримінальної протиправності, що полягає у визначенні того, якою статтею (частиною, пунктом статті) кримінального закону, передбачене це діяння.***

***Вона включає в себе пошук відповідної статті, обгрунтування необхідності її застосування, процесуальне закріплення висновку про те, що діяння передбачене вказаною статтею та, відповідно, що воно є (не є) злочином чи іншим діянням, передбаченим кримінальним законом.***

В спрощеному вигляді дефініцію кримінально-правової кваліфікації придатну до включення в закон можна сформулювати так: ***це визначення статті (частини, пункту статті) КК, яка передбачає скоєне діяння.***

Поняття кваліфікації злочинів, запропоновані в літературі

Що ж стосується видових понять кримінально-правової кваліфікації, то в літературі воно аналізувалося лише щодо поняття кваліфікації злочинів Одне з перших визначень поняття кваліфікації злочинів дав А.А.Герцензон, який розумів під нею встановлення відповідності конкретного діяння ознакам того чи іншого складу злочину, передбаченого кримінальним законом. У сучасній літературі це визначення визнається, у цілому, правильним, оскільки воно відображає основну сутність кваліфікації - встановлення відповідності ознак вчиненого діяння ознакам складу злочину, описаного у законі. Однак, погодитися з такою оцінкою важко. Насамперед, автор щойно наведеної оцінки - М.Й.Коржанський - дещо поправляє автора самого визначення, який говорив про відповідність діяння (а не його ознак!) ознакам складу злочину. У той же час, видається неправомірним говорити про співставлення діяння, як факту об'єктивної дійсності і ознак складу злочину - юридичної конструкції. Юридична кваліфікація як оціночно-пізнавальний процес відбувається в певних логічних формах при дотриманні законів логіки і використанні логічних правил і прийомів. Це передбачає співставлення лише однопорядкових явищ - ознак, які характеризують діяння і ознак правової норми. Тому, віддаючи належне А.А.Герцензону, який увів у науковий обіг поняття кваліфікації злочинів, слід все ж визнати недосконалість його визначення.

У літературі найбільш поширеним та визнаним є поняття кваліфікації злочинів, яке у 1963 р. сформулював, а у 1972 та 1999 р. повторив В.Н.Кудрявцев. На думку цього автора, кваліфікація злочинів - це встановлення і юридичне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння і ознаками складу злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою. Це визначення підтримали й інші криміналісти - А.В.Наумов та А.С.Новіченко, Б.А.Курінов, В.І.Малихін, С.А.Тарарухін.

Уточнення сприйнятої ними дефініції стосується чи не єдиного питання( в ході кваліфікації встановлюється відповідність між ознаками скоєного діяння та ознаками складу злочину, чи потрібно довести тотожність названих ознак. При цьому О.В.Наумов та А.С.Новіченко, В.І.Малихін вважають, що при кваліфікації злочину встановлюється саме тотожність між відповідними ознаками , Б.А.Курінов ці поняття використовує як рівнозначні. С.А.Тарарухін же, навпаки, вважає більш прийнятним при визначенні поняття кваліфікації говорити про відповідність між ознаками вчиненого суспільно небезпечного діяння і ознаками складу злочину передбаченого кримінальним законом. Обгрунтовуючи цю думку, він відзначає, що під відповідністю у даному випадку розуміється дещо інше, ніж однаковість (тотожність) різнопорядкових явищ, що порівнюються - абстрактної норми кримінального закону і соціального явища - злочину. Для кваліфікації злочину достатньо і необхідно співпадіння ознак суспільно небезпечного діяння і ознак норми. Однак, саме так розуміє сутність відповідного поняття і В.І.Малихін, який вказує, що тотожність буде мати місце тоді, коли всі ознаки діяння співпадуть з ознаками норми. Тому видається, що ця суто термінологічна розбіжність у формулюваннях різних авторів аж ніяк не впливає на суть розуміння ними проблеми кваліфікації.

Слід відзначити, що поряд з прихильниками дефініції, запропонованої В.Н.Кудрявцевим і підтриманої іншими криміналістами, є й інші її оцінки. Так, М.Й.Коржанський таке визначення вважає незадовільним, оскільки воно, на його думку, неконкретне, неоднозначне, не виключає застосування неналежної норми, тобто не виключає помилки. З такою категоричною оцінкою погодитися важко, хоча б тому, що навіть найочевидніше й найдосконаліше наукове визначення не виключає того, що воно буде проігнороване на практиці, або ж більшість працівників правоохоронних органів ніколи й не знатимуть про його існування. До того ж, М.Й.Коржанський не вказує, у чому ж він вбачає неконкретність та неоднозначність визначення, яке критикує. Тому наведена вище дефініція потребує більш детального аналізу.

Запропоноване В.Н.Кудрявцевим і підтримане іншими криміналістами визначення кваліфікації злочинів видається вдалим, таким, що правильно відображає основні моменти аналізованого поняття. Це, однак, не виключає можливість і необхідність його певного уточнення, розвитку. Дане визначення викликає ряд зауважень:

1. Воно стосується лише офіційної кваліфікації, оскільки юридичне закріплення результатів кваліфікації характерне лише для неї. Разом із тим, ця обставина у визначенні не відзначена.

2. Встановлення відповідності між фактичними ознаками вчиненого посягання і ознаками, передбаченими кримінально-правовою нормою, це лише один із етапів процесу кваліфікації злочину. Починається ж кваліфікація із встановлення кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за скоєне, вибору потрібної статті (частини, пункту статті) чи статей кримінального закону з багатьох існуючих, відмежування потрібної норми від суміжних, близьких за змістом. Однак в аналізованому визначенні вказується лише на завершальні етапи кваліфікації.

3. Не вказано, що при кваліфікації беруться до уваги не всі ознаки вчиненого посягання, а лише юридично значущі. Більшість фактичних ознак діяння індиферентні для кримінального права, при кваліфікації не беруться до уваги, хоча можуть мати істотне доказове значення.

4. Сумнівно, що в ході кваліфікації встановлюється відповідність між фактичними ознаками скоєного і ознаками складу злочину. Склад злочину, як юридична конструкція, створена теорією кримінального права, виступає як знаряддя, інструмент, що використовується при кваліфікації. Кваліфікація ж полягає у встановленні відповідності між фактичними ознаками посягання і законом, який передбачає відповідальність за дане посягання.

5. Невдалим видається формулювання "склад злочину, передбачений кримінальним законом". Насамперед, кримінальний закон передбачає сам злочин, закріплює його ознаки, а не склад злочину - юридичну конструкцію, створену теорією кримінального права. Далі, склад злочину передбачений не лише кримінальним законом, а й, до певної міри, нормативними актами інших галузей права, в ході кваліфікації має місце і їх використання (зокрема, при виборі норми - відмежуванні злочину від аналогічних інших правопорушень, при субсидіарному застосуванні правових норм, зокрема, застосуванні норм з бланкетними диспозиціями). Вказівка на ознаки складу злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою, може невірно орієнтувати на те, що кваліфікація злочину полягає у застосуванні виключно кримінального закону.

6. З визначення не видно співвідношення понять "кваліфікація злочинів" та "кримінально-правова кваліфікація". У той же час очевидно, що кваліфікація злочину є лише частиною кримінально-правової кваліфікації, і про те, що певне діяння підлягає кваліфікації саме як злочин, можна сказати лише після завершення процесу кваліфікації. Інше означає, що вже на початку кримінально-правової оцінки діяння особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя буде зорієнтований на те, щоб знайти і довести ознаки злочину, матиме місце недоброї пам'яті обвинувальний ухил.

Очевидно, що висловлені зауваження не стосуються самої суті визначення, яке на сьогодні є домінуючим у літературі, а спрямовані на його розвиток і вдосконалення.

Ще одне формулювання поняття кваліфікації злочинів запропоноване М.Й.Коржанським. Він тлумачить це поняття як кримінально-правову оцінку вчиненого діяння, вибір і застосування до нього тієї кримінально-правової норми, яка найповніше описує його ознаки. Цей вчений підкреслює важливість вказівки на те, що для правильної кваліфікації необхідно вибрати і застосувати лише одну, конкретну кримінально-правову норму з кількох суміжних, подібних, яка найповніше описує ознаки вчиненого діяння. Він вважає зайвим вказувати у понятті кваліфікації на її юридичне закріплення, оскільки воно (закріплення), по-перше, не властиве лише кваліфікації і, по-друге, його повністю охоплює поняття застосування кримінально-правової норми.

Характеризуючи це визначення, слід зауважити, що М.Й.Коржанський вдало відзначає у ньому, що кваліфікація злочину виступає різновидом кримінально-правової оцінки діяння, є складовою застосування кримінально-правової норми. Заслуговує на увагу акцентування на необхідності вибору в ході кваліфікації конкретної норми, яка найповніше підходить до даного випадку.

Водночас аналізована дефініція викликає і певні зауваження. Видається недоліком відсутність вказівки на те, що змістом кваліфікації є порівняння, співставлення фактичних ознак вчиненого діяння і ознак злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою. Важко погодитися з тим, що поняття кваліфікації не повинно включати вказівку на юридичне закріплення її результатів. Юридичне закріплення результатів кваліфікації дійсно притаманне не лише для неї, але у ході кваліфікації здійснюється у специфічних формах - шляхом формулювання звинувачення та складання формули кваліфікації. Якщо метою кваліфікації є вибір кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за скоєне, то реалізується ця мета саме завдяки складанню формули кваліфікації, тобто у ході юридичного закріплення її результатів. Відсутність же відповідної вказівки у визначенні поняття кваліфікації, робить це поняття, принаймні, неточним.

Не зовсім вдалим є запропоноване М.Й.Коржанським визначення у частині вказівки на кримінально-правову норму, яка найповніше описує ознаки діяння. Адже при конкуренції норм є, принаймні, дві з них, які повно вказують на ознаки посягання. Певно, автор мав більші підстави говорити про вибір норми, яка найточніше передбачає ознаки вчиненого діяння не лише за обсягом, але і за змістом. Хоча навряд чи потрібно взагалі акцентувати увагу на необхідності, як пише цей автор, "шукати і застосовувати саме ту норму, яка є єдино правильною". Адже сама вказівка на вибір норми, передбачає, що має бути з багатьох існуючих виділена не будь-яка, а саме та єдина і незамінима для даного випадку.

До визначення, запропонованого М.Й.Коржанським, відноситься й ряд зауважень, висловлених стосовно іншого запропонованого у літературі поняття кваліфікації злочинів. Виходячи з наведеного, видається, що і ця дефініція не може бути визнана досконалою і такою, що не потребує розвитку.

Оцінюючи запропоновані в літературі дефініції кваліфікації злочинів, можна констатувати, що більшість із наявних у них вад обумовлені тим, що зміст цього поняття автори визначають без врахування його об'єму, тобто не уточнюючи про який саме вид кваліфікації йдеться, попередньо не визначивши співвідношення родового і відповідних видових понять, не провівши їх класифікацію.

Визначення видових понять кримінально-правової кваліфікації

Виходячи з засад, визначених на початку цього розділу та враховуючи викладені вище положення, які характеризують сутність кримінально-правової кваліфікації, можна перейти до визначення видових понять в сфері кримінально-правової кваліфікації. В роботі відзначалося, що поняття кваліфікації злочинів, споріднених видових понять має даватися шляхом конкретизації ознак, які характеризують відповідне родове поняття. Важливим при цьому видається врахування таких положень.

Якщо в понятті кримінально-правової кваліфікації головний акцент здійснено на тому, що вона становить собою оцінку діяння, тобто процес - шлях до визначення виду об'єктивно суспільно небезпечного діяння, яке є об'єктом оцінки, то видові поняття повинні відобразити результат цього процесу, вказувати, яке ж саме діяння виявлено внаслідок проведеної кваліфікації, якими нормами воно передбачене. Відповідно, метою кримінально-правової кваліфікації в цілому є визначення злочинності чи незлочинності діяння, а метою окремих видів такої кваліфікації - встановлення конкретних видів дії або бездіяльності, передбаченої кримінальним законом.

Кримінально-правова кваліфікація як родове поняття, характеризується тим, що вона здійснюється стосовно будь-якого об'єктивно суспільно небезпечного діяння, безвідносно до його виду. Вид же кримінально-правової кваліфікації визначається залежно від особливостей, діяння, яке піддається оцінці. Якщо діяння характеризується усіма специфічними ознаками, які передбачені забороняючими нормами Особливої частини та загальними ознаками, встановленими в нормах Загальної частини КК, то воно кваліфікується як закінчений злочин. Відсутність же деяких ознак, передбачених нормою Особливої частини може свідчити про те, що має місце незакінчений злочин, співучасть у злочині, суспільно небезпечне діяння неосудного чи особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності тощо.

Якщо родове поняття кримінально-правову кваліфікацію характеризує те, що її підставою є вся сукупність норм, встановлених кримінальним законом, то для окремих видів кваліфікації характерним є їх здійснення відповідно до конкретних норм кримінального закону. Адже немає злочину взагалі, не існує кримінальної протиправності взагалі. Злочин, об'єктивно суспільно небезпечне діяння - це дія або бездіяльність, які передбачені однією чи кількома (при сукупності) нормою КК, про те, що має місце певний вид кваліфікації вказує встановлення конкретних кримінально-правових норм.

Нарешті, родове поняття кримінально-правової кваліфікації не містить вказівок на ознаки, які стосуються класифікації її видів не за типом діяння, а за іншими підставами (на офіційну та неофіційну, перспективну та ретроактивну тощо). Адже при введенні таких ознак до родового поняття зменшується його об'єм, воно стає видовим (або його ще можна назвати підродовим, з врахуванням його наступного поділу за іншими підставами на окремі види). Тому й видові поняття кримінально-правової кваліфікації які виділені за типом діяння, яке кваліфікується, не повинні містити вказівки на ознаки видів кваліфікації, які виділені за іншими підставами або ж ця обставина повинна бути відображена в назві виду кваліфікації. Наприклад, офіційна кваліфікація злочину - це ... З врахуванням сказаного у визначенні виду кваліфікації (виділеного лише за типом діяння) недоцільно вказувати її суб'єктів, на процесуальне закріплення результатів кваліфікації і т.д.

Враховуючи все вище викладене, можна перейти до формулювання дефініцій окремих видів кримінально-правової кваліфікації, які виділяються за типом діяння, яке піддається оцінці. Такі дефініції повинні включати вказівку на найближче родове поняття та видові відмінності, які виявляються шляхом конкретизації ознак родового поняття. Таким чином, поняття кваліфікації закінченого злочину можна сформулювати так: кваліфікація закінченого злочину - це вид кримінально-правової кваліфікації, при проведенні якої встановлена відповідність фактичних ознак посягання, всім ознакам злочину, передбаченим статтею кримінального закону, яка містить забороняючу кримінально-правову норму.

Якщо конкретизувати видове поняття, яке визначається, маючи на увазі дати визначення офіційної кваліфікації закінченого злочину, то наведена дефініція повинна бути доповнена вказівками на суб'єктів такої кваліфікації, та на зміст їхньої діяльності, зокрема на те, що ця кваліфікація включає в себе визначення конкретної норми кримінального закону, яка передбачає посягання, встановлення відповідності між фактичними юридично значущими ознаками посягання та ознаками злочину, передбаченими законом і процесуального закріплення висновку про наявність такої відповідності.

Враховуючи все вище викладене можна запропонувати дефініцію поняття кваліфікації злочинів, яке включає вказівку на найближче родове поняття та видові відмінності: ***кваліфікація злочинів - це вид кримінально-правової кваліфікації, при проведенні якої встановлено відповідність фактичних ознак посягання всім ознакам злочину, передбаченого статтею КК, яка містить забороняючи кримінально-правову норму.***

Наведена дефініція стосується лише типового злочину, який описується в статтях Особливої частини КК - закінченого, вчиненого однією особою, одиничного.

Інше можливе визначення, побудоване шляхом конкретизації ознак родового поняття - кримінально-правової кваліфікації має такий вигляд:

***Кваліфікація злочинів - це результат кримінально-правової оцінки діяння органами дізнання, попереднього розслідування, прокуратури і суду внаслідок чого констатовано, що скоєне є злочином, визначена норма(и) кримінального закону, яка(і) передбачає (ють) відповідальність за скоєне, встановлена відповідність між юридично-значущими ознаками посягання і ознаками злочину, передбаченими законом та процесуально закріплений висновок про наявність такої відповідності.***

Визначення ж, наприклад, поняття кваліфікації діяння, вчиненого в стані необхідної оборони має містити в собі вказівки на його специфічні ознаки. Враховуючи їх, можна запропонувати таку дефініцію: ***кваліфікація діяння, вчиненого в стані необхідної оборони - це вид кримінально-правової кваліфікації, при проведенні якої встановлено вчинення діяння, формально передбаченого кримінальним законом та наявність ознак необхідної оборони внаслідок чого зроблено висновок, що вказане діяння вчинено при обставинах, які усувають їх злочинність***

Аналогічно можна визначити поняття й інших видів кримінально-правової кваліфікації.

# 2. ПІДСТАВИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

## 2.1. Поняття і види підстав .кримінально-правової кваліфікації

Поняття підстав кримінально-правової кваліфікації.

Слово "підстава" має багатий семантичний зміст. Воно, зокрема, означає вихідні, головні положення. Діяти на підставі чого-небудь означає опиратися на щось, мати щось за основу, відштовхуватися від чогось, мати щось в якості оправдання, достатнього приводу для діяльності. Тому можна сказати, що **підстави кримінально-правової кваліфікації - це правові явища, виходячи з яких здійснюється кримінально-правова оцінка діяння, те, що лежить в її основі**. Кваліфікацію діяння можна здійснювати лише маючи для цього відповідні підстави. Причому вони мають бути наявними вже на момент початку діяльності по кримінально-правовій оцінці вчиненого діяння і в її ході залишатися незмінними.

В кримінально-правовій літературі поряд з поняттям підстав кваліфікації використовується і поняття її **передумов.** Передумови кваліфікації - це те, що передує кваліфікації, це діяльність, яка власне приводить до виникнення її підстав. Тому підстави кваліфікації слід відрізняти від її передумов. Передумовами кваліфікації є:

1) збір і аналіз доказів по справі та встановлення фактичних обставин справи;

2) аналіз наявних кримінально-правових норм, які можуть бути застосовані до конкретного випадку, встановлення їх змісту, тлумачення, визначення меж чинності.

Можна сказати, що підстави кваліфікації - це певні факти, вже встановлені і зафіксовані, незмінювані обставини, а передумови кваліфікації - шлях до них. При кваліфікації особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя виходять з вже встановлених фактів, з норми, зміст якої уяснений.

Положення про те, що встановлення фактичних обставин справи має бути завершене до моменту початку кримінально-правової кваліфікації має принципове значення для правозастосовної практики. Поспішність у кваліфікації - коли її проводять ще до завершення встановлення фактичних обставин справи породжує помилки у кваліфікації.

**Відмінність між підставами кваліфікації та її передумовами** полягає в ряді ознак:

- по-перше, підстави кваліфікації - це ті обставини які в часі мають існувати на момент початку процесу кваліфікації, а передумови здійснюються до її початку;

- по-друге, передумови кваліфікації створюються в ході процесуальної діяльності, регламентованої нормами КПК (збір, перевірка та оцінка доказів), яка зовні об'єктивізована, протікає в установлених законом формах, а також виникають в ході операцій з правовими нормами, які в значній мірі є формалізованими. Операції ж з підставами кваліфікації здіійснюються лише в ході мислительних процесів;

- по-третє, передумови кваліфікації полягають у дослідженні широкого кола фактичних і юридичних явищ, які можуть мати відношення до даного випадку, а можуть і не стосуватися його, а підстави кваліфікації - це лише ті факти, які прямо стосуються оцінки конкретного діяння.

Види підстав кримінально-правової кваліфікації

В теорії кримінального права прийнято виділяти фактичну і юридичну (або нормативну) підстави кримінально-правової кваліфікації. Під **фактичною підставою** кваліфікації здебільшого розуміють вчинене діяння, фактичні обставини, які підлягають правовій оцінці, співставляються з правовою нормою. Слід уточнити, що саме по собі діяння не може бути визнане підставою кримінально-правової кваліфікації. Для того, щоб воно увійшло в сферу уваги органів, які здійснюють кваліфікацію, потрібна наявність доказової інформації про скоєне. Кваліфікації врешті-решт піддається не скільки те, що фактично вчинене, скільки те, що встановлене в ході дізнання, попереднього і судового слідства. Крім того, фактичні обставини не можуть безпосередньо співставлятися з правовою нормою, оскільки це явища різнопорядкові. Таким чином фактичною підставою кваліфікації виступає не саме вчинене діяння, а інформація про нього, яка стала відома відповідним органам і здобута ними в законному порядку.

Питання ж про те, що слід розуміти під **юридичною (нормативною) підставою** кримінально-правової кваліфікації не знайшло однозначного вирішення в літературі. Одні автори називають такою підставою склад злочину, інші вважають нею норми кримінального закону. При цьому часто має місце фактичне ототожнення понять складу злочину і норми закону як підстав кваліфікації. Слушними видаються міркування авторів, які вважають, що склад злочину не може визнаватися підставою кримінально-правової кваліфікації, Адже склад злочину, як відзначав В.П.Малахов, не більше, як теоретична конструкція, наукова абстракція, якої не знає кримінальний закон і яку майже кожний автор розуміє і тлумачить по-своєму. Вчення про склад злочину з'явилося в кримінально-правовій науці порівняно недавно - приблизно двісті років тому, тоді як кваліфікація здійснюється задовго до цього. Не можна ж вважати, що до розробки вчення про склад злочину підставою кваліфікації були норми кримінального закону, а після його появи ним став склад злочину. Навряд чи існують беззаперечні аргументи проти того, що й зараз кваліфікацію можливо здійснювати без використання конструкції складу злочину. Певно, що можна. Щоб кваліфікувати діяння, потрібно мати про нього відповідну інформацію та кримінально-правову норму, яка регламентує це діяння.

Тому юридичною підставою кваліфікації виступає кримінально-правова норма. Кримінально-правова норма передбачає узагальнені, типові ознаки злочинного діяння, виступає більшою посилкою силогізму, який складається в ході кваліфікації. Сама ж кваліфікація полягає в співставленні реально існуючих ознак - фактичних ознак конкретного діяння, які відображені в зібраній інформації та ознак злочину, закріплених в нормі закону.

Основні і додаткові підстави кримінально-правової кваліфікації.

Прийнято виділяти і додаткові підстави юридичної кваліфікації. Основною юридичною підставою кваліфікації обгрунтовано виступає правова норма, яка регламентує діяння, що піддається оцінці. Однак в нормі права законодавець часто не може виключно описати всі ознаки юридичного складу, оскільки норма повинна відзначатися лаконізмом. В той же час задум законодавця повинен бути максимально формалізованим, оскільки, як давно вже відомо, застосуванню підлягає закон, а не мотиви закону, не наміри законодавця. Тому часто окремо взятої норми права для кваліфікації недостатньо, наприклад у випадку застосування бланкетних норм, при безпосередній відсилці до комплеску неправових норм, використанні оціночних понять, наявності прогалин в праві. В таких випадках застосовуються додаткові підстави кваліфікації.

Такими підставами можуть служити, насамперед, **інші кримінально-правові норми** (інші стосовно тих норм, за якими кваліфікується діяння). Можна назвати, принаймні, два випадки, коли виникає необхідність при кваліфікації посягання звертатися як до тієї кримінально-правової норми, якою передбачене відповідне діяння, так і до інших норм Загальної та Особливої частини:

- якщо на неї прямо вказує відсильна диспозиція (ч.1 ст. 192 КК);

- коли в іншій нормі витлумачено зміст понять, які використовуються в "основній" нормі. Наприклад, поняття «шпигунство» як спосіб державної зради (ст.111 КК) з′ясовують, звернувшись до ст.114 КК.

Додатковими підставами кримінально-правової кваліфікації часто виступають **нормативні акти інших галузей права**, до яких відсилають бланкетні норми кримінального закону або які застосовуються в порядку субсидіарного застосування правових норм в тих випадках, коли прямих відсилок в нормі Особливої частини немає, але іх використання випливає із змісту відповідних норм. Наприклад, кваліфікація посягань, пов'язаних із незаконним діями з наркотичними засобами, психотропними речовинами і прекурсорами передбачає звернення до Таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться в незаконному обігу, затверджених Комітетом з контролю за наркотиками Міністерства охорони здоров'я України.

**Норми моралі, звичаї, правові принципи, загальні уявлення про право** використовуються як додаткові підстави кваліфікації при з'ясуванні змісту оціночних понять, які використані в кримінально-правових нормах.

Крім додаткових підстав кваліфікації, які мають нормативний характер (є правовими нормами чи нормами моралі, нормами громадських організацій тощо), можуть бути виділені й підстави ненормативного характеру. До них відносяться прецедент та акти офіційного тлумачення правових норм.

Роль **прецеденту** при застосуванні кримінально-правових норм неоднозначно оцінюється в теорії кримінального права. Загальноприйнятий підхід полягає в тому, що в вітчизняній системі права, як і в інших правових системах, що відносяться до сім'ї континентального права, прецедент не відіграє ролі джерела права, не повинен прийматися до уваги при його застосуванні. Видається, що категоричне неприйняття прецеденту не відповідає існуючій правозастосовній практиці, суперечить цілям забезпечення правильного і одностайного застосування закону. Ще однією з додаткових підстав кримінально-правової кваліфікації є **акти офіційного тлумачення кримінального закону**, які дозволяють запровадити однакове в межах держави розуміння правових норм, усунути виявлені в них неясності.

Разом із тим на сьогодні в Україні чітко і однозначно не вирішено статус найпоширенішого джерела актів офіційного тлумачення права, якими є постанови Пленуму Верховного Суду України. Відповідно до ч.2 ст.147 Конституції України єдиним органом, який дає офіційне тлумачення законів України є Конституційний Суд України. В той же час п.2 ч.2 ст.47 Закону України від 7 лютого 2002 р. “Про судоустрій України” передбачає, що Верховний Суд України ”дає судам роз'яснення з питань застосування законодавства”. На відміну від положень раніше чинного аналогічного закону від 5 червня 1981 р. він не передбачає, що такі роз’яснення є обов'язковими для судів, інших органів і посадових осіб, що застосовують закон, з якого дано роз'яснення. Однак, по суті, роз’яснення пленуму Верховного Суду України виступають актами тлумачення закону і, переважно, оцінюються як загальнообов’язкові. Хоча існує і протилежна позиція, відповідно до якої позиція Верховного Суду України, навіть виражена в постанові його Пленуму, не є обов’язковою при вирішенні конкретних справ. Невизначеність статусу постанов Пленуму Верховного Суду України, в яких даються роз'яснення з питань кримінально-правової кваліфікації, принижує їх роль, приводить до того, що в процесуальних документах на них посилаються винятково рідко, своєї функції додаткової підстави кваліфікації вони, по суті, не виконують.

В цілому ж можна констатувати, що використання додаткових підстав кримінально-правової кваліфікації підвищує істинність кваліфікації, забезпечує стабільність тексту закону, оскільки зменшується потреба в його постійних модифікаціях. Причому з ростом складності і різноманітності суспільних відносин роль додаткових підстав кваліфікації росте.

Про можливі колізії між основними та додатковими підставами кваліфікації

Множинність підстав кримінально-правової кваліфікації об’єктивно виступає передумовою можливої колізії між ними. В зв’язку з цим виникає питання про те, на яких засадах повинні долатися неузгодженості, суперечності між окремими підставами кримінально-правової кваліфікації.

Насамперед, слід вирішити, як повинні вирішуватися колізії між нормами, закріпленими в кримінальному законі та в нормативно-правових актах інших галузей законодавства. Такого роду колізії є неприпустимими в розвинутій правовій системі і повинні не допускатися та усуватися в ході поточної правотворчості. Однак на сьогодні, вони існують і можуть бути, принаймні, двох видів.

Перший, це випадки, коли в актах цивільного, адміністративного чи інших галузей законодавства встановлюється правомірність діянь, які визнаються злочинними відповідно до положень КК. Наприклад, майже півтора року існувала ситуація, коли законодавство про підприємництво декларувало свободу підприємницької діяльності, і, водночас ст.ст.150, 151 КК Української РСР 1960 р. передбачали відповідальність за комерційне посередництво та приватнопідприємницьку діяльність[[2]](#footnote-2). Навряд чи потребує особливого доказування те, що діяння, яке є правомірним не може в той же час визнаватися суспільно небезпечним і тягти кримінальну відповідальність. Тому *при такого роду колізії (якщо діяння дозволене чинними правовими нормами і водночас заборонене КК) пріоритет мають норми інших галузей права,* кримінально-правова норма не виступає підставою кримінально-правової кваліфікації.

Колізія другого виду полягає в тому, що нормативно-правові акти тих чи інших галузей встановлюють, що діяння повинно оцінюватися як злочин певного виду, а, норми КК регламентують це питання іншим чином. Можна навести принаймні два таких випадки:

1) в ст. 17 Закону України від 23 вересня 1997 р. “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів” вказано, що відповідальність за скоєння злочину проти журналіста у зв'язку з виконанням ним професійних обов'язків або перешкоджання його службовій діяльності прирівнюється до відповідальності за скоєння таких же дій проти працівника правоохоронного органу;

2) в ст.8.6.4 Закону України від 10 січня 2002 р. “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” передбачено, що у разі здійснення операцій з активами платника обов’язкових внесків державі, що перебувають у податковій заставі, без попередньої згоди податкового органу, службова особа такого платника або фізична особа - платник, яка прийняла відповідне рішення, несе відповідальність, встановлену законодавством України за умисне ухилення від оподаткування.

Не вдаючись детально в суть вказаних положень, вкажемо, що чинний КК чітко розмежовує умови та обсяг кримінально-правової охорони журналістів та працівників правоохоронних органів, встановлює відповідальність за відповідні посягання на таких потерпілих в різних не лише статтях, але й розділах Особливої частини КК. Наведене ж положення із Закону “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів” очевидно штовхає при вчиненні посягань щодо журналістів до застосування норм КК про захист працівників правоохоронних органів за аналогією, що було неприйнятно в період дії КК України 1960 р., прямо заборонене ч.4 ст.3 чинного КК України. Що ж до оцінки операцій з майном, яке перебуває у податковій заставі, як ухилення від оподаткування, то вона також явно не відповідає кримінальному закону, позиції правозастосовної практики[[3]](#footnote-3) та загальновизнаним положенням теорії кримінального права[[4]](#footnote-4). Адже предмет податкової застави не співпадає з предметом ухилення від оподаткування, реалізація вимоги закону “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” означає аналогію (за предметом) положень КК щодо ухилення від оподаткування на випадки, які стосуються незаконних дій з іншими предметами.

*Оцінюючи таку колізію (коли нормативні акти інших галузей “пропонують” кваліфікацію, яка суперечить положенням КК) слід виходити з того, що керуватися потрібно кримінально-правовими нормами.* Адже саме вони виступають основною підставою кримінально-правової кваліфікації.

В більш широкому плані можна стверджувати, що *у випадку розбіжностей між основною і додатковими підставами кримінально-правової кваліфікації за основу потрібно брати положення КК, як основної такої підстави.*

## 2.2. Фактична підстава кримінально-правової кваліфікації

Значення встановлення фактичних обставин справи для кваліфікації діяння

Кримінально-правова кваліфікація взагалі не може відбутися, якщо не зібрана, не оцінена та процесуально не оформлена інформація про фактичні обставини справи. З цього приводу справедливо відзначається, що відсутність події злочину виключає необхідність його кримінально-правової кваліфікації. Недостаність відомостей про об'єктивну сторону злочину нерідко позбавляє можливості здійснити таку оцінку (Даєв В.Г.).

Звідси випливає значення для кваліфікації встановлення фактичних обставин справи, виділення із них тих, які становлять фактичну підставу кваліфікації. Хоча встановлення фактичних обставин справи - це процесуальна, доказова діяльність, вона має безпосереднє відношення і до кримінально-правової кваліфікації, бо виступає її передумовою. Встановлення фактичних обставин справи є не самоціллю, а підпорядковане, насамперед, меті кваліфікації діяння.

В часі встановлення фактичних обставин справи передує кваліфікації. Кваліфікація здійснюється стосовно вже встановлених фактичних обставин. Однак, встановлюючи фактичні обставини справи, особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя неодмінно "примірюють" їх до норм матеріального кримінального права, до можливої кримінально-правової кваліфікації. Якщо певні обставини очевидно не мають кримінально-правового значення, то вони й не потребують процесуального закріплення. І навпаки, аналіз обставин кримінальної справи, які встановлюються в процесі доказування, та їх оцінка в свою чергу можуть потягти уточнення чи зміну версій про можливу кримінально-правову оцінку скоєного.

Фактичні обставини справи, які враховуються при кваліфікації.

При кваліфікації враховуються лише ті фактичні обставини, які відповідають обов'язковим ознакам певного складу злочину. Перелік же обов'язкових ознак можна встановити на підставі аналізу кримінально-правової статті Особливої частини, яка підлягає застосуванню. Доказуванню обов'язково підлягають ті фактичні ознаки злочину, які прямо вказані в диспозиції статті Особливої частини. Лише такі ознаки мають кваліфікаційне значеня, лише від їх наявності залежить можливість застосування певної кримінально-правової норми. Сукупність таких фактів складає так званий фактичний склад.

Наявність же ознак, які в диспозиції статті Особливої частини прямо не вказані, презюмується. Тому спеціально доводити їх наявність в ході розслідування і судового розгляду справи немає потреби. Так, звичайно встановлення фактичних обставин справи не включає доказування наявності об'єкта посягання - його порушення виявляється через заподіяння шкоди предмету чи потерпілому та суспільно небезпечні наслідки; ознаки загального суб'єкта посягання підлягають дослідженню лише тоді, коли є сумнів у тому, що особа досягла встановленого законом віку кримінальної відповідальності чи в її осудності тощо.

Кваліфікація може бути проведена лише тоді, коли встановлені всі обов'язкові фактичні обставини справи, коли фактичний склад є повним. Це передбачає наявність ознак, які характеризують кожний із елементів посягання - об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону. Неповнота встановлення фактичного складу може або взагалі виключити можливість юридичної оцінки скоєного, або ж тягне за собою неправильну кваліфікацію. Аналіз опублікованої і місцевої судової практики якраз і свідчить, що переважна більшість помилок в кваліфікації саме і викликана поверховістю при дослідженні фактичних обставин справи.

Доказування фактичних обставин справи, які враховуються при кваліфікації

Встановлення фактичних обставин кримінальної справи здійснюється шляхом збирання, перевірки та оцінки доказів. При кваліфікації можуть враховуватися лише ті фактичні обставини справи, які закріплені доказами, належно процесуально оформленні. Як вдало відзначав С.А.Тарарухін, що не встановлено й не доведено процесуально (не закріплено у відповідних процесуальних документах), не кваліфікується і матеріально. Всі інші обставини справи, хоча б наскільки не були переконані особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя в їх правдивості, вважаються неіснуючими до того часу, поки вони не перевірені в порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законодавством. Тому не можуть в ході кримінально-правової кваліфікації враховуватися анонімні повідомлення, припущення і здогадки про те, що мало місце в дійсності тощо.

Окремо слід зупинитися на використанні при кваліфікації даних, одержаних в результаті оперативно-розшукової діяльності. Відповідно до п.2 ст.10 Закону України від 18 лютого 1992 р. "Про оперативно-розшукову діяльність" матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Однак для того, щоб матеріали візуального спостереження, інформація, отримана при негласному проникненні в жилі приміщення чи знята з каналів зв'язку, агентурні повідомлення і т.п. дані могли бути використані при кримінально-правовій кваліфікації, вони повинні або перевірятися слідчим шляхом, або ж бути отримані з відповідної санкції в порядку, предбаченому ч.2 ст.8 вказаного Закону.

Встановлення фактичних обставин справи, збирання доказів переважно здійснюється слідчими органами. Однак це не є їх прерогативою. Доказами можуть бути відомості про факти, зібрані адвокатом при здійсненні ним своєї професійної діяльності (ст.6 Закону України від 19 грудня 1992 р. "Про адвокатуру". Крім того ними є фактичні дані, отримані оперативними підрозділами органів внутрішніх справ, Служби безпеки, Прикордонних військ, Управління державної охорони, спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю МВС, спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю та корупцією СБУ (ч.3 ст.15 Закону України від 30 червня 1993 р. "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю"

## 2.3. Нормативна підстава кримінально-правової кваліфікації

Значення кримінального закону для кримінально-правової кваліфікації

В законі виражена воля держави стосовно кримінально-правової оцінки певних діянь як злочинів чи незлочинних діянь. Закріплюючи в законі певну норму, законодавець вважає, що нею охоплюються всі випадки, які можуть мати місце в період її дії, дає в ній загальну оцінку всім діянням певного роду і виду. Такі діяння, як правило, описані абстрактно, узагальнено з тим, щоб нормою охоплювалося широке коло випадків. В ряді випадків законодавець використовує казуїстичний прийом формулювання диспозиції. Але незалежно від способу формулювання диспозиції в ній передбачені типові випадки певних діянь. Діяння ж, яке піддається кваліфікації - це конкретний одиничний випадок, який або підпадає, або не підпадає під дію правових норм.

В ході кваліфікації відбувається співставлення ознак конкретного діяння і конкретної статті кримінального закону. Тому підставою кваліфікації є певна стаття, або кілька статей, якщо скоєне повністю не охоплюється жодною з них. Але передумовою кваліфікації є аналіз всього чинного законодавства. В ході такого аналізу обгрунтовується, що всі інші статті, крім однієї чи кількох не поширюються на даний випадок, або ж що жодна з них не може бути застосована.

Кримінальний закон є єдиною нормативною підставою кримінально-правової кваліфікації. Лише в кримінальному законі є вичерпний перелік діянь, що визнаються злочинами, підстав для визнання діяння, формально передбаченого кримінальним законом, незлочинним. Виключно законом можуть заповнюватися прогалини в кримінально-правовій регламентації суспільних відносин.

Говорячи про кримінальний закон як підставу кримінально-правової кваліфікації, звісно ж маються на увазі статті, що містяться в чинному КК чи некодифікованих кримінально-правових актах (якщо їх існування допускається певною правовою системою). Разом із тим може виникнути питання про застосування при кваліфікації норм, які вміщені в актах кримінально-правового характеру, які формально втратили чинність. Так, в юридичній періодиці Російської Федерації жваво дискутується питання про те, чи "можна судити за КК РФ з посиланням на КК РРФСР" [251; 271; 308]242), маючи на увазі можливість врахування судимості за КК РРФСР при встановленні рецидиву злочинів, які кваліфікуються вже за новим КК. Не вдаючись глибоко у вирішення цього питання по суті, зауважимо, що наступність у кримінальному праві передбачає, що правова оцінка суспільних відносин, які виникли при дії одного закону, а продовжилися в період функціонування іншого, буде однобічною і неправильною, якщо обмежитися лише врахуванням чинного нормативного акта. Зміна законодавства не означає, що раніше вчинені дії і їх правова кваліфікація "відсікається" і не приймаються до уваги при кваліфікації за новим законодавством. Тому при кваліфікації рецидиву, повторності, продовжуваних і триваючих злочинів слід, як видається, враховувати й норми, які діяли на момент вчинення відповідних діянь, при потребі посилатися на них при кваліфікації скоєного.

Кримінально-правові норми і статті кримінального закону, які використовуються при кваліфікації

Одне з питань, яке виникає при з'ясуванні правових підстав кримінально-правової кваліфікації, полягає у виясненні того, виступає такою підставою кримінально-правова норма чи стаття закону.

Відомо, що правова норма і стаття закону - це далеко не тотожні явища. Якщо правова норма - це загальнообов'язкове правило поведінки, зміст явища, то стаття закону - форма його зовнішнього виразу. Норма права, як компонент системи права, складається з гіпотези, диспозиції і санкції, лише сукупність яких і визначають зміст правового дозволу чи заборони. Статті, їх частини, пункти закону є внутрішніми підрозділами нормативного акта, відображають логічно обособлену частину його тексту і включають в себе одне чи кілька речень, а також назву, примітки. Такими ж структурними підрозділами закону (а не права) виступають і розділи, а також об'єднання розділів, які іменуються Загальною і Особливою частиною КК.

Норма права може бути виражена в кількох статтях, і навпаки, кілька статей можуть присвячуватися формулюванню однієї норми. Кримінально-правові норми виражаються в статтях як Загальної, так і Особливої частини КК. Є норми, які містяться лише в одній чи кількох статтях Загальної, або ж лише в одній чи кількох статтях Особливої частини, більшість же містяться в статтях і тієї, й іншої частин КК. Наприклад, лише в статтях Загальної частини поміщені норми, які стосуються меж чинності КК (ст.4-8 КК), лише в Особливій частині розміщені норми, які регламентують умови звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці (ч.2 ст.111 та інші). Не можна тому погодитися в категоричним твердженням, що будь-яка норма кримінального права встановлюється одночасно (сумісно) статтями Особливої і Загальної частин КК.

Так само неприйнятною є позиція, відповідно до якої кваліфікація полягає в застосуванні лише Особливої частини КК (С.В.Бородін) З таким підходом важко погодитися перш за все тому, що, як відзначалося вище, поділ на Загальну і Особливу частину стосується не норм, а статей КК. Норми ж про відповідальність за окремі види злочинів - забороняючі кримінально-правові норми передбачаються статтями і Загальної, і Особливої частини КК.

В багатьох випадках для з'ясування змісту заборони, викладеної в нормі кримінального права, доводиться звертатися й до джерел, які не відносяться до кримінального закону. Принципове значення при цьому має врахування рішень Конституційного Суду України з питань визнання конституційності діючих законів.

З поняття кримінально-правової кваліфікації випливає, що вона полягає у встановленні норми права (чи кількох правових норм), яка передбачає скоєне і яка виступає підставою кваліфікації. Однак при юридичному закріпленні результатів кваліфікації посилання здійснюється на статтю кримінального закону, в якій виражена ця норма.

Види правових норм, які використовую-ться при кримінально-правовій кваліфікації

Однією з поширених класифікацій норм кримінального права є їх поділ на забороняючі (чи заборонні), роз'яснюючі (дефінітивні), виняткові (обмежувальні) та стимулюючі (або заохочувальні). Саме така класифікація має бути врахована при визначенні видів норм, які мають кваліфікаційне значення.

**Забороняючі норми** встановлюють ознаки злочину та передбачають вид і міру покарання за його вчинення. Диспозиції і санкції таких норм виражені в статтях Особливої частини КК. В них виражене те специфічне, що є в кожному посяганні, що відрізняє його від усіх інших. Не встановивши, що діяння передбачене якоюсь забороняючою нормою, його не можна взагалі оцінювати з точки зору кримінального закону. Тому при кваліфікації неодмінно посилаються на статті кримінального закону, які виражають забороняючі кримінально-правові норми.

**Роз'яснюючі норми** в кримінальному праві є двох видів. Перші - це норми, виражені в статтях Загальної частини, які визначають межі чинності забороняючих та стимулюючих норм, дають визначення поняттям, які стосуються всіх чи більшості злочинів, називають ознаки окремих видів кримінального покарання. Другі - норми в статтях Особливої частини, які роз'яснюють зміст термінів і термінологічних зворотів, що стосуються окремих злочинів.

Роз'яснюючі норми доповнюють та розвивають інші кримінально-правові норми, не змінюючи їх змісту, сприяють встановленню забороняючих і стимулюючих норм. Кожна роз'яснююча норма тлумачить лише певну частину ознак, в яких виражається діяння, що підлягає кваліфікації.

Самі по собі роз'яснюючі норми не застосовуються при кваліфікації. Безпосередньо кваліфікувати діяння за роз'яснюючою нормою неможливо хоча б тому, що жодна з них не розкриває всіх ознак діяння. Звернення до роз'яснюючих норм є передумовою застосування забороняючих кримінально-правових норм.

4) **виняткові (обмежувальні)** норми - це ті, які встановлюють винятки із загальних правил - передбачають випадки, коли кримінальна відповідальність не настає. В КК є, принаймні, три такі норми - ч.4 ст.331 КК (обмеження щодо відповідальності за незаконне перетинання державного кордону), ч.2 ст.385 та ч.2 ст.396 КК (випадки, коли не настає відповідальність за відмову від давання показань та за приховування злочину). В КК є ряд статей, де виняткові норми поєднуються із забороняючими - встановлені часткові обмеження, що стосуються окремих ознак складу злочину. Наприклад, в ст.240 КК передбачена відповідальність за незаконне видобування корисних копалин, *крім загальнопоширених,* предметом ряду злочинів є вогнепальна зброя, *крім гладкоствольної мисливської.*

Виняткові норми застосовуються при кваліфікації лише діянь, на які вони поширюються. Причому, спочатку слід встановити наявність підстав для кваліфікації діяння за відповідною забороняючою нормою, а потім - що в скоєне підпадає під дію відповідною виняткової норми.

**Стимулюючі норми** кримінального права заохочують громадян до поведінки, бажаної для держави і суспільства. Одні з них містяться в статтях Загальної частини (норми про обставини, що усувають злочинність діяння, добровільну відмову, дієве каяття), інші - в статтях Особливої частини (норми про звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці).

Для застосування кримінально-правових стимулюючих норм необхідно попередньо звернутися до відповідних роз'яснюючих та забороняючих норм. Адже для того, щоб встановити, наприклад, наявність ознак позитивної посткримінальної поведінки, потрібно спочатку довести, що попередня поведінка була кримінально караною. Інакше - якщо діяння особи не підлягали б кваліфікації як злочинні - немає підстав застосовувати норму, що звільняє від кримінальної відповідальності.

Стимулюючі норми, як і забороняючі, виступають підставою для остаточної кримінально-правової оцінки діяння. Наявність у діянні всіх ознак, передбачених забороняючою нормою кримінального права, виступає підставою для кваліфікації діяння як злочину; наявність ознак, передбачених стимулюючою нормою, виступає підставою для кваліфікації діяння як правомірного або ж такого, за яке не настає кримінальна відповідальність.

Таким чином, **можна зробити висновок, що підставою кримінально-правової кваліфікації виступають забороняючі, виняткові та стимулюючі норми**. Причому забороняючі норми є обов'язковою підставою, оскільки без їх використання не обходиться жодний випадок кримінально-правової кваліфікації, а виняткові та стимулюючі - факультативною.

Статті кримінального закону, які використовую-ться при кваліфікації.

Визначення кримінально-правової норми, яка передбачає певне діяння, ще не означає, що встановлена нормативна підстава кваліфікації. Для цього потрібно ще вказати статті кримінального закону, їх частини і пункти, які передбачають ці норми. При цьому потрібно розрізняти ті статті закону, які є безпосередньою підставою кваліфікації, та ті, що виступають її загальною підставою.

**Безпосередньою підставою кваліфікації** пропонується вважати такі статті, на які при кваліфікації здійснюється пряме посилання. В них прямо передбачені ознаки діяння, які виражають його специфіку, відмінність від інших посягань, передбачених кримінальним законом. **Загальною ж підставою кваліфікації** виступають ті статті, які передбачають положення, що стосуються всіх чи багатьох кримінально караних діянь, визначають межі чинності статей кримінального закону тощо.

Відомо, що вимога заборони певної поведінки формулюється в статтях як Загальної, так і Особливої частини КК. В статтях Загальної частини КК формулюються ознаки забороненої поведінки, які мають однаковий зміст в усіх чи багатьох видах діянь, не виражають їх специфіку, не використовуються при розмежуванні окремих злочинів. Ці ознаки звичайно презюмуються і на них немає потреби спеціально посилатися при кваліфікації. Тому більшість статей Загальної частини кримінального законодавства виступає не безпосередньою, а загальною підставою кримінально-правової кваліфікації. Разом із тим, статті Загальної частини, що закріплюють ознаки діяння, які вирізняють його з поміж інших, уточнюють характер злочинної діяльності, яка має місце в конкретних випадках, виступають безпосередньою підставою кримінально-правової кваліфікації.

В статтях Особливої частини виражена та частина забороняючої кримінально-правової норми, яка стосується специфіки конкретного (окремого, певного, визначеного) посягання. Наявність ознак, вказаних в статтях Особливої частини, потрібно спеціально доводити в ході кваліфікації діяння. Тому статті Особливої частини, які містять забороняючі норми, й виступають безпосередньою підставою кваліфікації. Також безпосередньою підставою кваліфікації виступають статті (частини статей) Особливої частини, які містять стимулюючі норми. Ті ж статті (частини статей, примітки до статей) Особливої частини, які містять роз'яснюючі норми, безпосередньо при кваліфікації не застосовуються, вони виступають загальною підставою кваліфікації.

Статті Загальної частини, які використовуються при кримінально-правовій кваліфікації

В теорії кримінального права існує думка, що до Загальної частини кримінального права відносяться такі норми, в яких містяться положення, що використовуються при розгляді будь-якого злочину (Кірінов Б.А.). Розвиваючи її слід було б прийти до висновку, що норми Загальної частини використовуються в усіх випадках кримінально-правової кваліфікації.

Обстоюється і інший підхід щодо ролі норм Загальної частини при кваліфікації. Одна з викладених в літературі позицій полягає в тому, що норми Загальної частини при кваліфікації використовуються (вказуються) лише в тих випадках, коли вони уточнюють характер злочинної діяльності лише в порівнянні з тією діяльністю, яка описана в нормі Особливої частини (Малков В.П.). Такий підхід, по суті, означає, що з усіх норм Загальної частини кваліфікаційне значення визнається лише за нормами про відповідальність за попередню злочинну діяльність та співучасть.

Разом із тим, й таке розуміння ролі норм Загальної частини в процесі кваліфікації видається обмеженим, тим більше, якщо вести мову не просто про кваліфікацію злочину, а про всю кримінально-правову кваліфікацію. Використання норм Загальної частини в ході кримінально-правової кваліфікації не зводиться до того, що з їх допомогою встановлюється зміст тих чи інших ознак, передбачених нормами Особливої частини.

Кваліфікація пов'язана з використанням цілого ряду статей Загальної частини кримінального законодавства. При цьому за сферою дії можуть бути виділені статті:

- до яких при кваліфікації скоєного не звертаються ніколи;

- статті, які використовуються в зв'язку з кваліфікацією окремих видів діянь;

- статті, які використовуються при кваліфікації будь-якого діяння.

Статті Загальної частини кримінального законодавства можна також поділити за виконуваною функцією, на такі, які є підставою кваліфікації, та ті, що виступають її передумовою.

Насамперед, при кваліфікації не використовується більшість статей Загальної частини, які регламентують питання покарання. Хоча зворотне має місце - призначення покарання, звільнення від нього детермінується кваліфікацією скоєного. Також не використовується при кваліфікації стаття, яка проголошує завдання Кримінального кодексу.

В той же час при кваліфікації завжди використовуються положення Загальної частини, які регламентують давність притягнення до кримінальної відповідальності. По кожній кримінальній справі необхідно встановити, що з моменту вчинення злочину не спливли давнісні строки, передбачені ст.49 КК. Якщо ознакою відповідного злочину є повторність, то додатково потрібно довести, що не спливли строки давності притягнення до кримінальної відповідальності за попередній злочин, в зв'язку з наявністю якого нове посягання кваліфікується як повторне. Стаття, яка передбачає судимість, використовується при кваліфікації злочинів, ознакою яких є рецидив.

Більшість статей Загальної частини про злочин використовується в зв'язку з кваліфікацією не всіх, а тільки окремих видів діянь. Так, ст.25 КК "Необережність та її види» не використовується при кваліфікації умисних злочинів. Якщо констатована наявність ознак умислу, то тим самим виключається необережна вина в тому ж самому злочині. В той же час наявність необережної вини можна встановити тоді, коли попередньо зафіксована відсутність ознак умислу. Тому є підстави вважати, що стаття Загальної частини про умисел (на відміну від статті про необережність) використовується при кваліфікації будь-якого злочину.

Статті, які регламентують вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст.22 КК), осудність (ст.19 КК) використовуються при кваліфікації всіх злочинів, оскільки щоразу виникає необхідність встановити наявність чи відсутність цих обов'язкових ознак суб'єкта посягання.

Кримінально-правові норми про обставини, що виключають злочинність діяння (ст.36-43 КК) не використовуються при кваліфікації діянь, вчинених при відсутності ознак, які усувають їх злочинність.

Статті 14, 15 КК використовуються при кваліфікації тільки попередньої злочинної діяльності. Норма про добровільну відмову використовується при кваліфікації лише діянь, вчинених при наявності її ознак.

Кримінально-правові норми про співучасть у злочині (ст.27 КК та ін.) не використовуються при кваліфікації посягань, вчинених однією особою, а також при відсутності ознак співучасті у злочині.

До статей, які використовуються при кваліфікації будь-яких діянь, крім названих вище, відносяться ті, які закріплюють підставу кримінальної відповідальності (ст.2 КК), межі чинності кримінально-правових норм (ст.4-8 КК), поняття злочину (ст.11 КК).

Значення санкції статті Особливої частини для кваліфікації скоєного: постановка питання

Прийнято вважати, що при кваліфікації використовується лише диспозиція статті Особливої частини. Ознаки окремих злочинів встановлюються законодавцем, як правило, лише в диспозиціях кримінально-правових норм. Оскільки санкції не призначені для розміщення таких ознак, то вони й не повинні впливати на кваліфікацію діяння. Більше того, визнається за неможливе проводити кваліфікацію, орієнтуючись на санкцію - можливе покарання. Підбір "підходячої" санкції до діяння є не що інше, як грубе порушення законності, бо тоді особа, яка проводить кваліфікацію, ставить себе на місце законодавця - намагається визначити вид та розмір покарання, яке має бути призначене за відповідне діяння.

Таким чином, оскільки ознаки злочину передбачені диспозицією норми, то саме ця частина норми за загальним правилом виступає підставою кваліфікації.

Однак в ряді випадків при кваліфікації доводиться звертатися і до санкції кримінально-правової норми. Це має місце, коли:

1) в санкції вказані ознаки злочину;

2) вид покарання дозволяє визначити зміст ознак, названих у диспозиції статті;

3) порівняння розмірів та видів покарання дає можливість визначити чи потрібна кваліфікація скоєного за сукупністю;

4) коли санкція використовується при розмежуванні злочинів.

Врахування при кваліфікації виду диспозиції статті кримінального закону

В теорії кримінального права диспозиції статей Особливої частини за способом описання конкретного виду злочину прийнято ділити на чотири види: прості, описові, бланкетні і відсилочні. Зустрічаються також диспозиції, в яких поєднуються ознаки кількох видів диспозицій - змішані. Встановлення виду диспозиції має безпосереднє значення для визначення нормативної підстави кримінально-правової кваліфікації.

Якщо диспозиція статті виражена виключно в кримінальному законі, то диспозиція норми, як абстрактне правило поведінки, формулюється як в статті кримінального закону, так і поза його межами. Оскільки кримінально-правова норма - це складова усієї правової системи, то вона виражається також в нормативних актах інших галузей права, а також положеннях, які виробляються в правозастосовній практиці. Диспозиції статей різних видів в неоднаковій мірі передбачають звернення до джерел, які не відносяться до кримінального закону, за яким кваліфікується діяння.

Такі джерела виступають додатковими підставами кримінально-правової кваліфікації. Всі додаткові підстави кваліфікації, про які йшла мова вище, спрямовані лише на конкретизацію положень, закріплених в законі. В них не може встановлюватися кримінальна відповідальність чи умови звільнення від неї. Вони не можуть застосовуватися самостійно без основної підстави - норми кримінального закону.

**Проста диспозиція** рідко може бути застосована без спеціального тлумачення - звернення до теоретичних положень, співставлення даної статті Особливої частини з іншими її статтями, а також статтями Загальної частини кримінального закону та нормативними актами інших галузей права, аналізу правозастосовної практики тощо. Разом із тим всі такі джерела використовуються не з метою встановити наявність чи відсутність в скоєному ознак передбаченого кримінальним законом діяння, а для того, щоб з'ясувати зміст діяння, названого в диспозиції статті Особливої частини. Вони не виступають ні безпосередньою, ні загальною підставою кримінально-правової кваліфікації.

**Описова диспозиція** нерідко містить ознаки, для встановлення яких потрібно в свою чергу звертатися до інших джерел. Наприклад, зі змісту ст.122 КК неможливо визначити, що собою становить сеердньої тяжкості тілесне ушкодження, в якому випадку воно буде таким, що спричинило тривалий розлад здоров'я. Тому і при застосуванні описових диспозицій потрібно звертатися до джерел, які не відносяться до кримінального закону.

**Бланкетна диспозиція** містить пряме посилання на норми, які не містяться в статті кримінального закону. Це породжує питання про їх місце серед підстав кримінально-правової кваліфікації.

Такі норми в кримінально-правовій регламентації суспільних відносин відіграють допоміжну роль. Вони застосовуються остільки, оскільки це передбачено кримінально-правовою нормою, не самостійно, а лише поряд з нормою кримінального закону. Рівень бланкетності визначається в кримінальному законі. Як правило, нормативними актами інших галузей права визначаються лише окремі ознаки складу злочину, частіше за все це ознаки об'єктивної сторони посягання. Навіть у диспозиціях, які, на перший погляд, повністю бланкетні, цілий ряд ознак злочину все одно визначений кримінальним законом.. Тому не викликає сумніву, що злочини, відповідальність за які передбачена статтями з бланкетними диспозиціями, мають змішану протиправність - і кримінально-правову, і передбачену іншими галузями права. Тому кваліфікація неможлива без їх використання.

Пленум Верховного Суду України в постановах про практику застосування кримінально-правових норм з бланкетними диспозиціями неодноразово наголошував на необхідність звернення до відповідних нормативних актів при кваліфікації посягань. Таким чином, можна зробити висновок, що судова практика вважає підставою кримінально-правової кваліфікації не лише відповідні норми кримінального закону, а й ті нормативно-правові акти, до яких відсилає бланкетна диспозиція.

**Відсилочна диспозиція,** як правило, передбачає встановлення не наявності, а відсутності ознак злочину, встановлених іншою статтею закону. Наприклад, середньої тяжкості тілесне ушкодження - це таке тілесне ушкодження, в якому відсутні наслідки, передбачені ст.121 КК. Часто відсилочна диспозиція передбачає необхідність проведення розмежування злочинів - вказує, що діяння може бути кваліфіковане за даною статтею Особливої частини при відсутності ознак іншого злочину.

Субсидіарне застосування правових норм при кримінально-правовій кваліфікації

Звертатися в ході кваліфікації до інших норм законодавства доводиться не лише при бланкетних чи відсилочних диспозиціях статті кримінального закону. В багатьох випадках ознаки злочину, виражені в простих чи описових диспозиціях, можуть бути з'ясовані завдяки тому, що вони роз'яснені в нормативно-правових актах, на які немає прямого посилання в статті кримінального закону. При цьому має місце так зване субсидіарне застосування правових норм.

Стосовно кримінального законодавства субсидіарне застосування норм інших галузей права пов'язане не з усуненням наявних в кримінальному законі прогалин, а зі зверненням до них для з'ясування змісту самих кримінально-правових норм. Відповідний термін походить від латинського *subsidium*, що означає допомога. Таким чином, виходячи з буквального значення слова, субсидіарне застосування правових норм має місце тоді, коли для застосування однієї норми необхідно звертатися за допомогою до інших правових норм. Така допомога виражається у з'ясуванні змісту понять, які використовуються в одній нормі, а зміст їх витлумачений в іншій нормі. Можливість і необхідність використання при кваліфікації злочинів норм інших галузей права, навіть коли на них немає прямого посилання в статті кримінального закону, базується на системному характері права, взаємозв'язку і взаємозалежності між нормами, які належать до різних галузей права.

Як приклад субсидіарного застосування норм інших галузей права при кримінально-правовій кваліфікації може бути наведене звернення до нормативних актів, які регламентують обіг наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів.

В зв'язку із субсидіарним застосуванням правових норм інших галузей права при кримінально-правовій кваліфікації виникає кілька питань прикладного характеру. Одне з них - як визначити, чи потрібно в субсидіарному порядку звертатися до інших нормативних актів, як виявити ці акти. Друге - яке значення актів, які містять норми, що до них звертаються в ході субсидіарного застосування правових норм, чи виступають вони нормативною підставою кваліфікації.

Видається, що до нормативних актів інших галузей права потрібно звертатися в усіх випадках, коли відповідні акти існують, коли вони дозволяють уяснити зміст норми кримінального права. Виявлення ж кола цих актів - це справа загальної професійної підготовки правників, їх юридичного світогляду, культури. Чим більш освічений юрист, тим більше правових норм він знає і може залучити при вирішенні конкретної справи. Корисним при цьому є звернення до спеціальних збірників нормативних актів. Колись існувала добра практика випуску текстів КК з постатейними матеріалами, серед яких чільне місце займали нормативні акти. Систематизовані збірники нормативних актів випускаються як дидактичний матеріал для підготовки студентів. Існують і спеціальні видання словникового характеру, в яких є посилання на нормативні акти, що мають враховуватися при визначення змісту понять і понятійних зворотів, що містяться в кримінальному законі. Але найбільш дієвим засобом у виявленні нормативних актів, які повинні застосовуватися в субсидіарному порядку при кримінально-правовій кваліфікації, є комп'ютерні системи пошуку правової інформації "Право", "Ліга" та інші аналогічні.

Нормативно-правові акти, які використовуються при кримінально-правовій кваліфікації в порядку субсидіарного застосування норм інших галузей права, як видається, мають таке ж значення, як і норми, до яких відсилають бланкетні чи відсилочні диспозиції статей КК. Такі акти, не будучи частиною статті кримінального закону, разом із тим є складовою кримінально-правової норми.

Значення практики для кримінально-правової кваліфікації.

Вітчизняне право відноситься до так званої континентальної системи права, в якій головним джерелом права є нормативно-правові акти. Однак і в такій системі права правозастовна практика відіграє важливу роль. На практиці, по-перше, встановлюється зміст окремих понять, які містяться в диспозиціях статей кримінального закону, по-друге, - виробляються правила кваліфікації, типові алгоритми поведінки осіб, які проводять дізнання, слідчих, прокурорів, суддів з приводу кримінально-правової оцінки діяння.

За вдалим висловом Н.С.Таганцева, судова практика є шляхом, яким потреби життя в галузі права заявляються законодавцю. Це означає, що практика сигналізує законодавцю про наявні прогалини та упущення в правовій регламентації суспільних відносин, про необхідність вдосконалення чинних норм чи прийняття нових. Судова практика виробляє і правила кримінально-правової кваліфікації. Таке її значення тим більш очевидне, що в чинному законодавстві ці правила досі не регламентовані.

Під практикою, яка складається в ході кримінально-правової кваліфікації, не слід розуміти індивідуальні рішення в конкретних справах. Практика - це позиція, яка формується продовж більш чи менш тривалого часу, яка відзначається стабільністю, це положення, якими в типових ситуаціях керується більшість працівників правоохоронних органів та суддів. Г.Т.Ткешеліадзе справедливо вказував, що судова практика складається на основі неодноразового застосування закону. Таким чином, практика є відображенням закономірностей, які існують в правозастосовній діяльності. Вона займає ніби середнє, проміжне положення між законом і звичаєм.

Щоб забезпечити верховенство закону, правозастосовна практика в правовій державі повинна складатися не хаотично, а керовано, використання її положень в сфері кримінально-правової кваліфікації має підкорятися певним правилам. Ці правила зводяться до наступного:

- жодне рішення, яке приймається при вирішенні конкретних справ, не повинно суперечити закону, узагальнюючі практичні рекомендації мають відповідати чинному законодавству;

- практика вищестоящих інстанцій є орієнтиром для органів нижчого рівня;

- правозастосовні органи "зв'язані" своїми власними рішеннями, тобто в аналогічних ситуаціях вони повинні приймати однотипні рішення;

- існує зворотний зв'язок між правозастосовною практикою і правотворчістю, практика відіграє конструктивну роль у вдосконаленні та оновленні законодавства - виявлені в ході застосування правових норм їх недоліки, прогалини в праві повинні усуватися законодавцем;

- пріоритет мають положення практики відповідно санкціонованої та опублікованої.

Положення правозастосовної практики існують у вигляді як неписаних, так і формалізованих приписів. В першій формі - це положення, які передаються з вуст в уста, від старших і більш досвідчених працівників до початківців, поширюються серед колег одного рівня. В другій формі практика Особливої частини кримінального права України існує як:

- постанови Пленуму Верховного Суду України з тих чи інших категорій кримінальних справ;

- узагальнення практики застосування законодавчих норм стосовно певних категорій злочинів ;

- листи, роз'яснення, відповіді на запитання, що надходять до керівних правоохоронних органів; - методичні вказівки щодо розслідування, розгляду окремих категорій кримінальних справ.

При цьому лише роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є обов'язковими для судів, інших органів і посадових осіб, що застосовують закон, по якому дано роз'яснення. Інші джерела, в яких виражена позиція практики, на таку роль претендувати не можуть, мають лише рекомендаційний характер.

Особливе місце серед актів практики, які стосуються питань кримінально-правової кваліфікації, займає судове тлумачення закону, яке складає серцевину правозастосовної практики. Воно має силу лише для даної справи. Однак тлумачення законів, яке міститься в рішеннях вищих судових інстанцій, особливо Верховного Суду, завжди справляло вплив на поточну практику. По суті, як вдало відзначається в літературі, воно має не лише силу авторитета, а й авторитет сили, так як касаційна і наглядна діяльність цих інстанцій спрямовувала практику нижчестоячих судів в бік саме такого, а не іншого тлумачення закону.

Верховний Суд України вправі давати керівні роз'яснення з питань застосування законодавства. Такі роз'яснення в певній мірі стоять над законом, оскільки Пленум Верховного Суду нерідко дає тлумачення, які виходять за межі закону, по суті становлять собою специфічну судову правотворчість. При цьому навіть законодавець не може змінити текст постанов Пленумів Верховного Суду.

Значення прецеденту для кримінально-правової кваліфікації

Прецедент (від латинського *praecedens* - той, що йде попереду) є специфічною частиною правозастосовної практики. Це рішення з конкретної справи, яке виступає зразком або підставою для всіх інших рішень в подібних випадках. Точніше, це не саме рішення, а той принцип, який покладений в основу конкретного судового рішення і став обов'язковим для всіх судів при вирішенні аналогічних справ.

Вітчизняна правова система не визнає обов'язковості судових та інших правозастовних прецедентів. В радянській правозастосовній практиці існування судового прецедента категорично заперечували, а в юридичній науці незмінно пов'язували із судовою сваволею й порушенням законності. В дійсності ж судовий прецедент і судова правотворчість існували, маскуючи своє буття різними легальними формами. Серед них - рішення вищих судових органів, які, будучи опублікованими в юридичній періодиці, дозволяли зацікавленим особам добиватися подібних рішень і в подібних випадках в усіх аналогічних категоріях справ, які розглядаються нижчестоячими судами.

Заперечуючи можливість керуватися прецедентом при кваліфікації, зокрема стверджують, що навіть двох однакових кримінальних справ не буває, кожна із них індивідуальна. Це дійсно так, оскільки міняється час і місце вчинення діяння, потерпілі, суб'єкти, інші конкретні обставини вчинення посягання. Однак не можна заперечувати й того, що зустрічаються справи типові, які не відрізняються за тими ознаками, які визначають кримінально-правову кваліфікацію скоєного. Безсумнівно, що по всіх таких справах мають прийматися однакові рішення.

Можливість використання прецеденту базується на презумпції правильності кваліфікації, яка є у процесуальних документах, що набрали чинності. Немає жодних логічних чи юридичних підстав не використовувати попереднє правильне рішення в ході вирішення аналогічної нової справи. І, навпаки, відмова від використання прецеденту в кваліфікації може привести до суперечливих рішень, відсутності єдиного підходу при оцінці подібних випадків.

Прецедент повинен служити орієнтиром для вирішення інших справ за таких умов:

- попередня кваліфікація не змінена і не скасована;

- фактичні обставини обох справ аналогічні;

- не змінився кримінальний закон та інші нормативні акти, які є додатковими підставами кваліфікації;

- не запроваджені нові правила застосування правових норм.

Врахування прецедентів є запорукою стабільності правозастосовної практики, яка є складовою стабільності всього правового регулювання.

Стабільність кваліфікації забезпечується також врахуванням діяльності органів одного рівня чи нижчестоячих. Досвід успішного "проходження" аналогічних справ має значення орієнтиру для прийняття таких же рішень.

Прецедент об'єктивно не може набути великого значення в правовій системі України. Умовою дієвості системи прецедентів є наявність джерел інформації про прецеденти - судових звітів. У нас же навіть практика Верховного Суду України публікується вибірково, місцева слідчо-прокурорська і судова практика доступна лише тим, хто її творить. Тому прецеденти відіграють свою роль на місцевому рівні, поширюються завдяки скоріше особистим контактам правників, ніж через офіційні канали. Наслідком цього є те, шо з питань кваліфікації приймаються різні рішення не лише в різних областях держави, а навіть в різних районах.

Прецеденти у кримінально-правовій кваліфікації відрізняються за рівнем органів, в практиці яких вони мали місце. Особливу роль при застосування правових норм відіграє практика Верховного Суду України. Рішення з питань кваліфікації прийняті Пленумом Верховного Суду України є остаточними і перегляду не підлягають. Якщо призначене покарання може бути відмінене в порядку помилування чи амністії, то на питання кваліфікації вони не поширюються. Кваліфікація, яка дана з конкретних справ вищим судовим органом держави, є орієнтиром для всіх інших судів та правоохоронних органів.

Видається, що слід було б не лише фактично, а й формально запровадити обов'язковість прецедентів.

## 2.4.Склад злочину і його значення для кримінально-правової кваліфікації.

Вище наводилися міркування, відповідно з якими склад злочину не визнається юридичною підставою кримінально-правової кваліфікації. Сказане однак не означає, що цій юридичній конструкції не залишається місця в кваліфікації, що без неї при кваліфікації можна і потрібно обходитися.

У складі злочину знаходять прояв кваліфікаційна, кримінально-процесуальна, кримінологічна, криміналістична функції (Бажанов М.І.) Кваліфікаційна функція складу злочину реалізується завдяки тому, що він використовується в ході співставлення фактичних ознак вчиненого діяння і ознак, передбачених законом.

Вказані у кримінально-правовій нормі ознаки, сукупність яких необхідна і достатня для того, щоб визнати вчинене діяння злочином, прийнято називати юридичним складом. Необхідними ці ознаки є тому, що відсутність хоча б однієї із них свідчить про відсутність складу злочину в цілому. Достатніми - бо для кваліфікації скоєного як певного злочину не потрібно встановлювати наявність якихось додаткових ознак.

Елементи та ознаки складу злочину, які використовуються при кримінально-правовій кваліфікації

Саме поняття "склад" означає наявність сукупності частин, які утворюють щось єдине, ціле. В складі злочину такими частинами є елементи та ознаки складу злочину. При цьому ознака складу злочину - це його окрема характерна риса, прикмета, знак, який дозволяє узнати, що має місце саме цей злочин, визначити його, відрізнити від інших. Елемент же складу - це сукупність ознак, які відносяться до однієї із сторін злочину. Кожний із елементів складу злочину характеризується своїми, лише йому притаманними ознаками, кількість яких неоднакова. Звичайно в теорії виділяють двадцять ознак складу злочину, які відносяться до його окремих елементів.

Поділ ознак складу злочину за елементами, як і кожний поділ, є умовним. Так, особлива жорстокість при вбивстві характеризує і спосіб вчинення цього злочину і мотив дій винного. Тим не менше, класифікація ознак складу злочину за елементами дозволяє впорядкувати процес застосування кримінально-правової норми, визначати наявність ознак складу злочину в певній послідовності - від ознак об'єкта і об'єктивної сторони до ознак його суб'єкта і суб'єктивної сторони.

Види складів злочину та їх значення для кримінально-правової кваліфікації

Склади злочинів можуть бути поділені на групи за способом їх описування в Особливій частині кримінального закону. В свою чергу такі склади злочинів можуть бути поділені на підгрупи з врахуванням по-перше, кількості "однойменних" ознак, які утворюють кожний із складів злочину; по-друге, з врахуванням характеру ознак, які відображені в диспозиції статті Особливої частини; по-третє, з врахуванням співвідношення між кількістю складів злочинів і кількістю статей закону, в яких відображені ці склади злочину.

Класифікація складів злочинів має безпосереднє значення для вирішення питань кримінально-правової кваліфікації. Насамперед, з врахуванням виду складу злочину визначається, які ознаки є обов'язковими для певного складу. Вид складу злочину враховується при встановленні моменту закінчення відповідного посягання. Нарешті в залежності від виду складу злочину визначається, охоплюється все скоєне однією кримінально - правовою нормою, чи має місце сукупність злочинів, і, відповідно, потрібно вміняти особі дві чи більше статті Особливої частини.

Врахування при кваліфікації виду складу злочину за кількістю ознак, вказаних в законі

Окремі склади злочинів відрізняються між собою за кількістю ознак, які їх утворюють. Тому за цим критерієм склади злочину можуть бути поділені на так звані прості і складні. Для простих складів злочину характерним є наявність лише однієї ознаки кожного виду - одного безпосереднього об'єкта, одного виду предмета чи потерпілого, одного діяння чи наслідку тощо. Складним ж складам злочину притаманна наявність кількох таких "однойменних" ознак кожного виду, або ж кількох різновидних ознак, які можуть замінити одна одну. Причому вони можуть бути вказані в законі як обов'язкові, так і альтернативні.

Про те, що склад злочину включає кілька альтернативних або обов'язкових ознак свідчать граматичні конструкції, які використані законодавцем при побудові диспозиції статті Особливої частини.

Можливе й поєднання в одному складі злочину і альтернативних, і обов'язкових ознак.

Таким чином, встановлення кількості і ролі ознак складу злочину, названих в диспозиції статті Особливої частини, має безпосереднє значення для кваліфікації. Відсутність хоча б однієї із обов'язкових "однойменних" ознак свідчить про те, що відсутній склад даного злочину в цілому. Наявність же хоча б однієї із кількох таких ознак може вказувати на те, що має місце інший склад злочину.

Вчинення злочину при наявності кількох альтернативних ознак не означає, що має місце сукупність злочинів. Навіть поєднання кількох альтернативних ознак не перетворює один злочин в кілька. Сама ж по собі наявність багатьох альтернативних ознак свідчить про підвищену суспільну небезпеку посягання, що повинно враховуватися не при кваліфікації, а лише при призначення покарання в межах санкції статті Особливої частини чи вирішенні інших кримінально-правових питань.

Значення для кваліфікації встановлення виду складу злочину за співвідношенням складів злочину та статей Особливої частини

Звичайно в одній статті Особливої частини КК викладаються ознаки одного складу злочину. Однак, можливі і інші співвідношення:

- один склад злочину викладається в кількох статтях Особливої частини;

- в одній статті викладається кілька складів злочинів, причому окремі частини статті містять склади різних злочинів;

- в окремій статті або частині статті об'єднуються ознаки, які характеризують два чи більше самостійних склади злочину.

В першому випадку в різних статтях викладаються склади злочинів, які відрізняються між собою ознаками, що змінюють ступінь їх суспільної небезпеки - основні, кваліфіковані, привілейовані. Такий спосіб формулювання складів злочинів не викликає проблем при їх кваліфікації. Адже кожна стаття містить достатньо ознак, які утворюють окремий склад злочину.

В другому випадку в одній статті встановлюється відповідальність за склади злочинів, які відрізняються між собою основними (конституюючими) ознаками. Звичайно різними частинами однієї статті передбачається відповідальність за суміжні посягання, які за більшістю ознак основного складу співпадають і відрізняються лише за однією ознакою, вчинення цих посягань, як правило, пов'язано в часі . Наприклад, перед завідомо незаконним арештом або затриманням здійснюється завідомо незаконний арешт. Стосовно таких посягань виникає проблема їх кваліфікації - головним чином, чи можуть утворювати сукупність злочини, склади яких передбачені різними частинами однієї і тієї ж статті Особливої частини.

Раніше в літературі набула відносного поширення думка, відповідно з якою при вчиненні посягань, склади яких передбачені різними частинами однієї і тієї ж статті КК, скоєне повинно кваліфікуватися не за їх сукупністю, а за якоюсь однією частиною статті.

Водночас в літературі викладалася і інша позиція - якщо в різних частинах однієї статті Особливої частини передбачені ознаки різних складів злочинів, то можлива кваліфікація за їх сукупністю. Видається, що саме такий підхід, не зважаючи на деяку непослідовність його прихильників, є правильним. Окремій (самостійній) кваліфікації підлягає кожне посягання, ознаки якого утворюють самостійний склад злочину. Якщо ж в різних частинах статті Особливої частини передбачені різні склади злочинів, то це означає, що ознаки кожного із них не є частиною ознак одного і того ж складу злочину, а існують самостійно. Тут є відмінність від ситуації з кваліфікацією злочину, також передбаченого різними частинами статті Особливої частини, але ознаки якого утворюють склади, які різні за ступенем суспільної небезпеки.

Останнє із вказаних поєднань складу злочину і статті Особливої частини має місце тоді, коли законодавець конструює комплексні склади злочинів. При цьому в одній статті чи її частині "складуються" ознаки, які в інших статтях (частинах статті) становлять самостійні склади злочину. Такі склади злочинів становлять собою сукупність злочинів, враховану самим законодавцем. Законодавець поєднує в законі окремі склади злочинів і створює комплексні склади в тих випадках, коли відповідні посягання часто поєднуються в житті, утворюючи ідеальну сукупність злочинів. Створення комплексних складів злочинів дозволяє вирішити чи полегшити вирішення ряду проблем.

По-перше - адекватно оцінити суспільну небезпеку відповідних посягань, врахувати, що поєднання двох чи більше злочинів часто потребує більш суворої реакції суспільства. Це здійснюється, насамперед, при встановлені санкції за комплексні склади злочинів. По-друге, і це в плані досліджуваної проблематики головне, наявність комплексних складів злочинів спрощує кваліфікацію посягання. Замість кваліфікації за двома чи більше статтями Особливої частини, які передбачають ознаки кожного із складів злочинів, застосовується одна стаття (її частина).

Послідовність аналізу та доказування наявності ознак складу злочину

Використання конструкції складу злочину як програми кримінально-правової кваліфікації, передбачає аналіз ознак складу злочину в чітко визначеній послідовності. Дотримання послідовності у встановленні наявності відповідних ознак, насамперед, служить економії зусиль суб'єкта кваліфікації. Адже констатація того, що та чи інша ознака складу злочину відсутня, однозначно означає, що й всього складу відповідного злочину в скоєному немає, усувається потреба аналізувати всі інші ознаки складу цього ж злочину. Так, встановлення того, що відсутній обов'язковий для певного злочину (названий у диспозиції статті кримінального закону) предмет посягання означає, що на цьому слід припинити кваліфікацію діяння за даною статтею. Адже навіть наявність усіх інших обов'язкових ознак не утворить склад відповідного злочину.

Аналіз ознак складу злочину в певній послідовності є також запорукою правильності встановлення кожної із них. Адже взаємозв'язок між ознаками означає, що одними ознаками можна "перевіряти" інші. Наприклад, встановлення того, що суб'єктом розкрадання є особа, якій державне або колективне майно ввірене чи передане у відання, підтверджує висновок про те, що способом вчинення цього розкрадання було саме привласнення чи розтрата.

Ознаки складу злочину закономірно випливають одна із однієї, логічно обгрунтовують одна одну. Разом із тим, встановлення окремих таких ознак в ході правозастосувальної діяльності - це діалектичний процес, під час якого доводиться інколи повертатися до вже встановлених ознак, уточнювати їх зміст. Порядок встановлення окремих ознак інколи задається не логічною послідовністю, а інтересами простоти і ясності доведення. Так, об'єкт, який порушено при вчиненні посягання, можна встановити лише з'ясувавши характер заподіяної шкоди, предмет, на який було спрямоване діяння або потерпілого, що йому була заподіяна шкода. В той же час встановлення об'єкта в свою чергу дозволяє вияснити яка ж заподіяна шкода становить наслідки даного злочину.

Загальновизнано, що починати доведення наявності ознак складу злочину належить із ознак, які характеризують об'єкт посягання, його об'єктивну сторону.

Якщо послідовність доведення наявності об'єктивних ознак складу злочину нині не викликає жодних дискусій в теорії кримінального права і на практиці, то цього не можна сказати про суб'єктивні елементи і ознаки складу злочину. Насамперед, не досягнуто єдності в питанні з чого слід починати аналіз: з ознак суб'єкта чи суб'єктивної сторони. В творах українських авторів зараз переважає позиція, згідно з якою спочатку аналізується суб'єкт злочину, а вже згодом - його суб'єктивна сторона. В роботах, виданих в Російській Федерації, зустрічається і інший підхід, коли спочатку розглядаються питання суб'єктивної сторони, а вже потім - суб'єкта. Часто при аналізі окремих злочинів також притримуються такої послідовності. Видається, що суб'єктивну сторону злочину - внутрішні, психічні процеси, які відбуваються в волі і свідомості особи, яка вчинила діяння, можна досліджувати лише тоді, коли доведено, що ця особа є суб'єктом злочину. Тому правильною видається перша з наведених позицій.

Таким чином, після аналізу об'єкта і об'єктивної сторони посягання злочину потрібно з'ясовувати наявність ознак суб'єкта злочину. При цьому потрібно мати на увазі, що досягнення віку кримінальної відповідальності є передумовою осудності. Тому спочатку належить встановлювати, що особа досягла встановленого законом віку, з якого настає кримінальна відповідальність, а вже потім констатувати його осудність. Останнім кроком при встановленні ознак суб'єкта злочину є виявлення наявності ознак спеціального суб'єкта посягання.

Завершує встановлення ознак складу злочину доведення наявності ознак його суб'єктивної сторони - вини, а також мотиву, мети злочину. При цьому встановлення наявності кожної ознаки також має відбуватися в певній послідовності.

Отже, кримінально-правова кваліфікація може здійснюватися лише тоді, коли існують відповідні передумови для її проведення та створені підстави - фактична і юридична. Підстави та передумови кваліфікації є взаємопов'язаними, але не тотожними правовими феноменами. Якщо передумовою кримінально-правової кваліфікації є встановлення фактичних обставин діяння, яке підлягає оцінці, то її фактичною підставою - лише ті обставини, які утворюють фактичний склад, повинні враховуватися при кваліфікації. Другою передумовою кримінально-правової кваліфікації виступає кримінальний закон, підставою ж - конкретна стаття (її частина, пункт), що підлягає застосуванню в даному випадку. Для з'ясування кола обставин, які потрібно встановити при кваліфікації, доведення відповідності між фактичними обставинами і правовою нормою велике значення має застосування юридичної конструкції складу злочину, яка служить упорядкуванню кваліфікації, здійсненні її на наукових засадах. Разом із тим, склад злочину не визнається самостійною підставою кримінально-правової кваліфікації.

Поряд з основними підставами кримінально-правової кваліфікації при її проведенні застосовуються і додаткові, причому їх значення на сучасному етапі розвитку правової системи зростає.

# 3. Принципи кримінально-правової кваліфікації

## 3.1. Поняття та види принципів кримінально-правової кваліфікації

Класифікація правил кримінально-правової кваліфікації

Кримінально-правова кваліфікація, як і будь-яка цілеспрямована свідома діяльність людини підпорядковується певним правилам. Ці правила за рівнем їх узагальнення (з врахуванням їх співвідношення, яке виражається філософськими категоріями загального одиничного і особливого) можуть бути класифіковані на

1) загальні, які поширюються на кримінально-правову оцінку будь-якого діяння;

2) типові - що стосуються кваліфікації певних типів злочинних діянь (попередньої злочинної діяльності, злочинів, вчинених у співучасті, повторних злочинів тощо);

3) конкретні - які застосовуються при кваліфікації окремих видів злочинів (крадіжки, тілесних ушкоджень, хуліганства і т.д.).

В основі вказаних правил знаходяться положення першого виду, вони визначають зміст і типових і конкретних правил кваліфікації, за своїм значенням є її принципами.

Слід відзначити, що в науці кримінального права думка про те, що серед правил кваліфікації слід виділяти ті з них, які відіграють роль принципів, знаходить певну підтримку. Так, А.І.Рарог вказує, що оскільки найбільш загальні правила кваліфікації, які мають методологічне значення, існують об’єктивно, постановка питання про принципи кваліфікації злочинів видається цілком правомірною[[5]](#footnote-5). Водночас, цей вчений констатує, що не усіма вченими проводиться різниця між принципами і частковими правилами, які використовуються при кваліфікації[[6]](#footnote-6). Л.Д.Гаухман, розглядаючи питання про види правил кваліфікації злочинів, пропонує диференціювати їх на загальні часткові та одиничні[[7]](#footnote-7). При цьому, загальні правила кваліфікації він не іменує принципами, проте відзначає, що вони базуються на принципах та загальних положеннях кримінального права, використовуються при кваліфікації усіх без винятку злочинів[[8]](#footnote-8).

Що ж до того, які положення слід відносити до принципів кваліфікації (її загальних правил), то в теорії кримінального права немає більш-менш чітко виражених позицій. Зустрічаються думки, відповідно до яких принципами кваліфікації визнаються хай і важливі, принципові моменти, але які не мають стосунку до кваліфікації, а є принципами кримінальної відповідальності чи й взагалі відносяться до суміжних галузей права, зокрема, кримінального процесу. Видається, що це багато в чому зумовлено відсутністю єдиного підходу до самого поняття кримінально-правових принципів. Тому, перш, ніж вести мову про те, що вважати принципами кримінально-правової кваліфікації, доцільним видається з’ясувати ознаки та поняття таких принципів.

Ознаки принципів кримінально-правової кваліфікації

Визначаючи поняття принципів кримінально-правової кваліфікації (частиною з яких є принципи кваліфікації злочинів) слід назвати їх істотні, необхідні і достатні ознаки.

Насамперед, це ***системний характер принципів***, яка відображає те, що принципи кримінально-правової кваліфікації несуперечливі, узгоджені між собою, можливі протиріччя між ними знімаються за допомогою звернення до того принципу, який є головним у цій системі.

***Наукова обгрунтованість принципів*** - ознака, яка вказує, що вони відображають об’єктивно існуючі закономірності функціонування права. Отже, принципами можуть визнаватися не будь-які положення, а лише ті, які мають свою основу в інших правових категоріях. Нарешті, вказівка на наукову обгрунтованість принципів означає, що вони вільні від ідеологічних установок.

***Стабільність***, як ознака принципів кримінально-правової кваліфікації, свідчить про те, що відповідні положення витримали перевірку часом, апробовані в ході теоретичних пошуків та в практиці правозастосування. Вони не можуть змінюватися вольовим шляхом в зв’язку з потребами сьогодення.

У визначенні принципів слід відобразити традиційну для позначення саме цієї правової категорії рису - що ***це положення найбільш загальні***. Отже принципи - це ті ідеї, які поширюються на всі питання кваліфікації, стосуються кваліфікації усіх злочинів. Вони стосовно більш детальних правил відіграють роль загального.

Названі вище ознаки характеризують об’єктивні начала в принципах кримінально-правової кваліфікації. Суб’єктивне ж їх начало позначається через вказівку на те, що ***це правила, які застосовуються свідомо***.

Специфіку принципів кримінально-правової кваліфікації порівняно з іншими видами правових принципів можна показати через вказівку на сферу їх дії. Аналізовані принципи стосуються змісту кримінально-правової кваліфікації

З урахуванням викладених вище положень може бути запропоноване таке формулювання: *принципи кримінально-правової кваліфікації - це система науково обгрунтованих, стабільних, таких, що застосовуються свідомо найбільш загальних правил, на підставі яких здійснюється вибір кримінально-правової норми, яка передбачає скоєне діяння, доводиться необхідність застосування саме цієї норми і процесуально закріплюється висновок, що діяння охоплюється саме обраною нормою.*

Види принципів кримінально-правової кваліфікації

Принципи кримінально-правової кваліфікації не закріплені у законі, тому їх види, систему та зміст розкриває лише теорія кримінального права.

В кримінально-правовій літературі це питання, як вже відзначалося, не знайшло певного вирішення, його висвітлення взагалі знаходиться в початковій стадії. Можна вказати лише двох авторів, які зупинялися на тому, які ж положення відносяться до найбільш загальних - принципових для кваліфікації.

Так, Л.Д.Гаухман відзначає, що загальних правил кваліфікації злочинів небагато[[9]](#footnote-9), серед тих які базуються на Конституції РФ та принципах, закріплених в КК РФ називає 1) скоєне повинно безпосередньо бути передбачене кримінальним законом як злочин; 2) скоєне повинно містити конкретний склад злочину; 3) офіційна кваліфікація злочину, яка лежить в основі звинувачення, повинна базуватися на точно встановлених фактичних даних, доведених за правилами, встановленими в КПК РФ[[10]](#footnote-10); до правил, які базуються на інших загальних правилах, встановлений в КК, відносить: 1) злочин кваліфікується за кримінальним законом, який дії під час його вчинення; 2) часом вчинення злочину визнається час вчинення суспільно небезпечної дії (бездіяльності), незалежно від часу настання наслідків; 3) по КК РФ кваліфікується злочин, вчинений на території РФ[[11]](#footnote-11). Видається, що положення, які Л.Д.Гаухман називає загальними правилами кваліфікації злочинів насправді такими не виступають. Адже це - положення, які стосуються принципів кримінальної відповідальності, дії кримінального закону в часі та просторі тощо, а аж ніяк не кваліфікації, під якою цей автор розуміє в цілому ж ті ж правові явища, що й інші вчені - співставлення, порівняння, в кінцевому підсумку суміщення фактичних ознак діяння, та ознак, передбачених законом[[12]](#footnote-12).

Більш близько підійшов до вирішення питання про види принципів кваліфікації (однак, виходячи з традиційної позиції - кваліфікації злочинів, а не кримінально-правової кваліфікації) А.І.Рарог. До принципів кваліфікації злочинів від відносить її: 1) об’єктивність; 2) істинність; 3) точність; 4) повноту[[13]](#footnote-13). Погоджуючись з необхідністю виділення більшості з таких принципів, разом із тим відзначимо, що, їх перелік можна і потрібно уточнити. Адже, по-перше, А.І.Рарог, назвав далеко не всі принципи кваліфікації, а, по-друге, виділення такого принципу, як *істинність* видається безпідставним, оскільки це - процесуальна вимога, а не характеристика кримінально-правової кваліфікації, як складової правозастосовної діяльності.

Таким чином можна констатувати, що задовольнитися існуючими в літературі дослідженнями з приводу переліку видів принципів кримінально-правової кваліфікації не можна. Визначити ж, які положення є принципами кримінально-правової кваліфікації можна базуючись на аналізі норм Конституції України, кримінально-правових положень Загальної та Особливої частини, міжнародно-правових актів, схвалених нашою державою, виходячи з загальновизнаних теоретичних постулатів та позицій, яких притримується правозастосовна практика. Такі принципи не лише відображають домінуючі погляди з питань встановлення норми КК, якою передбачене вчинене діяння, з приводу встановлення (доведення) відповідності між фактом і нормою, а й містять вимоги, які адресовані до законодавця, учасників правозастосовної діяльності. Вони повинні бути відомими і зрозумілими особами, дії яких кваліфікуються, всім громадянам.

Так, теза про те, що **принципом кримінально-правової кваліфікації є принцип законності** випливає з наступних положень:

- філософські категорій "зміст і форма", "абстрактне і конкретне", якими виражається співвідношення принципів кримінально-правової кваліфікації та інших видів кримінально-правових принципів дають підстави стверджувати, що кваліфікація як вид застосування закону є формою його вияву, проявом конкретного в правовому регулюванні суспільних відносин. Звідси випливає, що здійснюватися вона повинна лише на підставі закону і в точній відповідності до нього;

- норми Конституції закріплюють положення про те, що вся діяльність державних органів, які застосовують закон (а отже і в частині кримінально-правової кваліфікації), здійснюється виходячи з засад неухильного дотримання законності;

- міжнародно-правові акти, підписані чи ратифіковані від імені України, які нині визнаються частиною національного законодавства нашої держави, засновуються на визнанні того, що будь-яка правозастосовна діяльність має здійснюватися відповідно до принципу законності як при їх застосуванні, так і при застосуванні внутрішнього законодавства;

- визнання того, що Україна є правовою державою (чи, принаймні, йде по шляху створення такої держави) передбачає, що вся правозастосовна діяльність здійснюється відповідно до принципу законності. Саме закон є вищим критерієм правильності рішень, які приймаються в ході правозастосування. Застосування права не лише здійснюється на підставі закону, а й регламентоване ним. Врешті - решт всі як загальні положення, відповідно з якими здійснюється кримінально-правова кваліфікація - її принципи, так і конкретні правила кваліфікації випливають із окремих правових норм чи їх сукупності. При виникненні суперечностей між тими чи іншими принципами пріоритет певним із них надається виходячи саме з норм закону.

**Принцип стабільності кримінально-правової кваліфікації** виводиться виходячи з того, що:

- норми чинного законодавства і кваліфікація співвідносяться як можливість і дійсність. Дійсність може змінюватися лише за умови зміни можливості, яка лежить в основі даної дійсності. Тому, поки не змінене чинне законодавство, норми якого є підставою кваліфікації, визнаються незміненими фактичні обставини справи, не встановлені помилки чи зловживання в ході кваліфікації, вона сама також повинна бути незмінною, стабільною;

- головний принцип кваліфікації - принцип законності передбачає, що на основі норм закону повинна відбуватися не лише кримінально-правова оцінка діяння, але і зміна кваліфікації. Виходячи із прагнення забезпечити стабільність зафіксованих у процесуальних документах висновків про оцінку діяння, чинне законодавство передбачає певну процедуру зміни кваліфікації, ускладнюючи і утруднюючи її по мірі переходу до більш пізніх стадій кримінального процесу;

- гуманізм права, прагнення забезпечити повну реалізацію законних прав і інтересів учасників процесу виявляється в тому, що зміна кваліфікації, яка веде до погіршення становища особи, діяння якої підлягає оцінці, можлива лише за умови повторення необхідних процесуальних дій, повернення справи на попередню стадію кримінального процесу.

**Принцип офіційності кримінально-правової кваліфікації** має свою основу в таких положеннях:

- кримінально-правова кваліфікація є результат взаємодії необхідності і випадковості у кримінально-правовому регулювання суспільних відносин. При цьому кваліфікація - це не наслідок випадкового збігу обставин, а необхідний результат застосування закону. Застосування ж норм чинного законодавства - це прерогатива спеціально на те уповноважених державних органів. Тому й кваліфікація виступає як форма державно-владної діяльності, як діяльність офіційна;

- чинне процесуальне законодавство визначає коло органів, які здійснюють кримінально-правову оцінку діяння особи від імені держави, встановлює їх повноваження, передбачає порядок закріплення результатів кримінально-правової кваліфікації в процесуальних документах. З відповідних норм випливає, що лише така - офіційна - кваліфікація має правове значення. Тому вказаний принцип прямо випливає із головного принципу кримінально-правової кваліфікації - принципу законності;

- існуюча практика застосування кримінального закону полягає в тому, що кваліфікація, здійснена в неофіційному порядку, не тягне за собою правових наслідків. Вона лише сприяє виробленню відповідної позиції працівників компетентних органів;

- проведений вище аналіз суб'єктів кримінально-правової кваліфікації показує неприйнятність того положення, коли в ряді випадків чинний кримінальний закон, по суті, покладає обов'язок провести кримінально-правову оцінку діянь чи то інших осіб, чи то власної поведінки на окремих громадян.

**Принцип повноти кримінально-правової кваліфікації** виділяється, оскільки:

- в кваліфікації знаходить свій прояв діалектика необхідності і випадковості. Кваліфікація, як явище необхідне, повинно відображати необхідність кримінально-правової оцінки вчиненого діяння в повному обсязі. Якщо ж піддати оцінці лише частину вчиненого особою діяння (діянь), оцінити його з позицій не всіх існуючих кримінально-правових норм, а лише окремих із них, то необхідність не отримає свого прояву в кваліфікації;

- необхідність забезпечення повноти кваліфікації випливає також із принципу законності. Він може вважатися реалізованим, коли закон застосований в повному обсязі, всі норми, які поширюються на дане діяння враховані при оцінці відповідної поведінки особи;

- системний характер права передбачає, що при кваліфікації повинні знайти свій розвиток інші правові принципи. Закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві принципу всебічності, повноти і об'єктивності дослідження обставин справи (ст.22 КПК) передбачає, що й кваліфікація буде здійснюватися на тих же засадах. Адже, якщо не забезпечувати повноту кваліфікації, то втрачає зміст повнота встановлення фактичних обставин справи.

**Принцип точності кримінально-правової кваліфікації базується на таких положеннях:**

- злочинець повинен бути притягнутий до кримінальної відповідальності і покараний1 саме за вчинений ним злочин[[14]](#footnote-14);

- необхідність кримінально-правової кваліфікації діянь, які стали відомі правоохоронним органам, передбачає, що така кваліфікація має бути проведена у відповідності з законом. Наявність в чинному КК багатьох норм означає, що необхідність можна вважати реалізованою лише за умови, що з усіх них вибрана саме та, яка передбачає скоєне діяння;

- головний принцип кримінально-правової кваліфікації - принцип законності - включає в себе обов'язок відповідних органів застосовувати закон у точній відповідності з його змістом, виходити з того, що злочином може визнаватися лише діяння, прямо передбачене кримінальним законом. Тобто особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя можуть вмінити винному не будь-яку норму з числа наявних у чинному законодавстві, а лише ту, яка прямо передбачає скоєне діяння;

- магістральні шляхи розвитку кримінального законодавства - створення узагальнюючих норм та диференціація кримінальної відповідальності приводять до наявності багатьох норм, які передбачають вчинене діяння. При цьому жодні з них не дублюються. Тому кваліфікація передбачає вибір із усіх існуючих норм однієї конкретної (а при сукупності злочинів - кількох норм);

- точність кваліфікації спрямована на те, щоб забезпечити реалізацію законних інтересів як держави, так і окремих осіб, пов'язаних із правильною кримінально-правовою кваліфікацією діяння.

Підставою для виділення як самостійного **принципу індивідуальності кримінально-правової кваліфікації** є:

- співвідношення законодавства і його застосування (кваліфікації) як сутності і явища, абстрактного і конкретного. Кваліфікація, будучи явищем, проявом конкретного характеризується такими рисами, які дають можливість відрізнити його від інших явищ і іншого конкретного. Тому кваліфікації притаманна індивідуалізація, в ній знаходять свій вияв ознаки, які специфічні саме для даного посягання. Якщо в ході кваліфікації не сформульована індивідуальна правова оцінка кожного діяння окремо, не диференційована роль кожної особи у вчиненні злочину то є підстави вважати, що явище правової оцінки не відбулося;

- необхідність індивідуалізації кримінально-правової кваліфікації базується, як і всі інші її принципи, на принципі законності. Кримінальний та кримінально-процесуальний закон передбачає окрему правову оцінку діянь кожної особи і кожного діяння. Законом визначені межі індивідуалізації при кримінально-правовій кваліфікації скоєного - вони визначаються тим, наскільки диференційована відповідальність;

- принцип індивідуалізації кваліфікації базується також на такому принципі кримінального права, як справедливість. Одним із аспектів справедливості в кримінальному праві є притягнення до відповідальності за власні дії, з врахуванням характеру дій, вчинених кожною особою окремо. Це в свою чергу передбачає окрему кваліфікацію дій кожної особи;

- вказаний принцип кваліфікації безпосередньо виходить із конституційного положення про те, що "юридична відповідальність кожної особи має індивідуальний характер" (ч.2 ст.61 Конституції України).

**Принцип недопустимості подвійного інкримінування** (недопустимості кваліфікації за певною нормою, якщо діяння вже охоплене іншою нормою з числа вмінених цій же особі) при кримінально-правовій кваліфікації грунтується на наступних положеннях:

- кваліфікація є *явищем* стосовно норм чинного законодавства - *сутності*. Оскільки сутність в предметі лише одна (хоча вона може проявлятися в багатьох явищах), то очевидно, що одному явищу може відповідати тільки одна норма. Тим самим кваліфікація діяння за певною нормою виключає застосування щодо цього ж діяння іншої норми, якщо скоєне повністю отримало кримінально-правову оцінку;

- вказаний принцип кримінально-правової кваліфікації базується на конституційному положенні, згідно з яким "ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення" (ч.1 ст.61 Конституції України);

- в основі даного принципу лежить правова аксіома *non bis in idem*, відома на протязі всього періоду існування і розвитку юриспруденції.

Нарешті, **принцип об'єктивності кримінально-правової кваліфікації** виділяється з врахуванням співвідношення об'єктивного і суб'єктивного в підставах кваліфікації та безпосередньо при її проведенні.

Таким чином, є підстави стверджувати, що кримінально-правова кваліфікація повинна здійснюватися з дотриманням таких принципів:

1) законність;

2) офіційність;

3) об’єктивність;

4) точність;

5) індивідуальність;

6) повнота;

7) вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються;

8) недопустимість подвійного інкримінування;

9) стабільність.

## 3.2. Характеристика окремих принципів кримінально-правової кваліфікації

Принцип законності кримінально-правової кваліфікації

По суті, цей принцип пов’язаний з вирішенням усіх питань кримінально-правової кваліфікації.

Він справляє визначальний вплив на зміст усіх інших принципів кваліфікації, тому є головним серед них.

Найбільш зримо дія цього принципу проявляється, зокрема, в наступних положеннях:

- питання кваліфікації злочинів мають однаково вирішуватися на всій території держави, тобто однорідні злочини повинні кваліфікуватися за одними і тими ж нормами кримінального закону незалежно від місця їх вчинення;

- має забезпечуватися однакова правова оцінка діянь усіх однойменних суб’єктів, незалежно від їх соціальних, демографічних та інших ознак;

- законність кваліфікації має забезпечуватися у діяльності всіх правоохоронних та судових органів, незалежно від їх рівня;

- фактичною підставою кваліфікації можуть виступати лише дані, отримані відповідно до вимог кримінально-процесуального закону. Інформація, здобута без дотримання відповідних положень КПК, в т.ч. оперативним шляхом, внаслідок примушування до дачі показань, фальсифікацією доказів не повинна прийматися до уваги при кваліфікації скоєного;

- при кваліфікації має місце пріоритет диспозиції над санкцією кримінально-правовою нормою. Це означає, що кваліфікуючи посягання, слід виходити з його ознак, які закріплені в диспозиції статті Особливої частини, а не з санкції - можливого покарання. Протилежний підхід - підбір покарання до даної особи - свідчить, що працівник правоохоронного органу, який кваліфікує скоєне, ставить себе на місце законодавця. Санкції статей Особливої частини в ході кваліфікації приймаються до уваги лише при потребі порівняти суспільну небезпеку конкуруючих норм, а також тоді, коли в санкції закріплені ознаки злочину;

- не допускається кваліфікація за аналогією, тобто за нормою, яка прямо не передбачає скоєне посягання.

Утвердження принципу законності сприяло б закріпленню в самому кримінальному законі правил кваліфікації злочинів (аналогічно тому, як в КК регламентовані правила призначення покарання).

Офіційність кримінально-правової кваліфікації

Застосування кримінального закону і його серцевина - кримінально-правова кваліфікація - це вид правозастосовної діяльності, яка є прерогативою держави. Правозастосування - безсумнівно становить собою публічну і офіційну діяльність. Реалізується ж правозастосовна функція держави через створений нею ж механізм застосування права. Такий механізм стосовно кримінально-правової кваліфікації включає в себе:

1) **заздалегідь встановлений і вичерпний перелік органів, які здійснюють кримінально-правову кваліфікацію, визначення компетенції кожного з цих органів**.

Для кримінально-правової кваліфікації, яка розглядається під цим кутом зору, характерним є:

- встановлення кола органів які здійснюють кваліфікацію, вичерпно, заздалегідь і для невизначеного кола діянь, які можуть бути вчинені. Такі органи наділяються відповідною компетенцією не для конкретного випадку, не для одноразової оцінки певної поведінки. Демократія передбачає не лише те, що ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення (ч.2 ст.58 Конституції України), але й те, що органи, які будуть оцінювати це правопорушення, були відомі ще до його вчинення. Звідси випливає кілька висновків. По-перше, не повинні створюватися надзвичайні юрисдикційні органи для розслідування і розгляду окремих казусів. Адже при цьому завжди є спокуса визначити їх компетенцію, виходячи з потреб саме цього випадку; та гілка державної влади, яка створює такий орган, вільно чи невільно бере на себе функцію і оцінки вчиненого діяння, що означає відступ від однієї з основоположних засад державного управління - розподілу влади. По-друге, тимчасові слідчі комісії Верховної Ради України, створення яких передбачено ч.4 ст.89 Конституції України, не вправі здійснювати офіційну кримінально-правову кваліфікацію діянь, що ними розслідуються, оскільки висновки і пропозиції слідчих комісій не є вирішальними для слідства і суду. По-третє, новостворені слідчі, судові органи повинні приймати до свого розгляду справи, про діяння, які вчинені після їх конституювання;

- точне визначення компетенції кожного з органів, які уповноважені на здійснення кваліфікації. Розподіл повноважень в сфері кваліфікації здійснений на двох рівнях. Перший - це горизонтальний, коли вони визначені залежно від категорій кримінальних справ, підвідомчим окремим видам органів. Так, в ст.101 КПК визначені повноваження окремих видів органів дізнання з врахуванням справ, в яких вони вправі проводити дізнання. За цим же принципом визначена і підслідність справ окремим органам попереднього слідства (ст.112 КПК). Другий - вертикальний, коли повноваження встановлені з врахуванням складності справи або її важливості;

- ієрархічна побудова системи органів, що здійснюють кримінально-правову кваліфікацію, яка включає в себе контроль вищестоящих органів за кваліфікацією, здійснюваною нижчестоячими, можливість її скасування чи зміни, можливість прийняття вищестоячим органом до свого переведення справи, яка знаходилася на вирішенні у нижчестоячого органу. Ієрархія органів, які здійснюють кримінально-правову кваліфікацію, визначена, насамперед, кримінально-процесуальним законодавством, нормами, які регламентують нагляд вищестоячих судів за судовою діяльністю (ст.24 КПК), прокурорський нагляд в кримінальному судочинстві (ст.25 КПК).

З принципу офіційності кваліфікації випливає, що законодавець не повинен встановлювати правові норми, які б прямо чи опосередковано передбачали необхідність кримінально-правової оцінки окремими громадянами чи то своїх дій, чи дій інших осіб.

2) **закріплення обов'язковості проведення і результатів кримінально-правової кваліфікації**. Офіційність кваліфікації передбачає її обов'язковість, яка проявляється в двох моментах. По-перше, в тому, що ініціатива кримінально-правової оцінки діяння, здійснення кваліфікації скоєного повинна походити від відповідних державних органів. Лише щодо обмеженого кола справ - справ про злочини так званого приватного обвинувачення, які перелічені в ч.1,2 ст.27 КПК;

По-друге, що кримінально-правова кваліфікація діяння повинна здійснюватися уповноваженими на те органами безумовно і неодмінно. Так, ст. 4 КПК визначає, що суд, прокурор, слідчий і орган дізнання зобов'язані в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину. Стаття 98 КПК передбачає, що при наявності відповідних приводів і підстав прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані винести постанову, а суд - ухвалу про порушення кримінальної справи, вказавши в ній, зокрема, статтю кримінального закону, за ознаками якої порушується справа. Тому обов'язковим наслідком порушення кримінальної справи є проведення при цьому кримінально-правової кваліфікації скоєного.

3) **встановлення процесуальної форми, в якій повинна проводитися кримінально-правова кваліфікація**. Офіційність кримінально-правової кваліфікації передбачає її здійснення з дотриманням усіх правил, формальностей. Правове значення має не будь-яка оцінка діяння, дана органами, уповноваженими на проведення дізнання, попереднього слідства, прокурорського нагляду, правосуддя, а лише та, що здійснена у відповідній процесуальній формі Процесуальна форма кримінально-правової кваліфікації включає в себе:

- визначення видів документів, в яких викладається кваліфікація;

- реквізити, відсутність яких позбавляє документ, а тим самим і викладену в ньому кваліфікацію юридичної сили;

- набуття чинності процесуальними документами, порядок внесення до них змін чи скасування;

- закріплення обов'язковості чинних процесуальних документів.

Таким чином офіційність кримінально-правової кваліфікації означає її проведення від імені держави, на підставі встановлених нею норм матеріального і процесуального права

Об'єктивність кримінально-правової кваліфікації

Застосування кримінального закону в цілому, і кваліфікація зокрема здійснюється конкретними працівниками - людьми, яким властиві суб'єктивні уподобання, настрої, на яких справляє вплив приналежність до певної соціальної групи, нації, тих чи інших мікроколективів з своїми установками, цілями, поглядами на допустимі методи боротьби зі злочинністю. Цілком природно виникають питання:

- чи справляють такі фактори вплив на кваліфікацію скоєного;

- якщо справляють, то як його оцінити;

- в чому полягає такий вплив;

- якщо виходити з гіпотези, що суб'єктивні фактори, пов'язані з особою правозастосовувача, не повинні відігравати роль при кваліфікації діяння, то як усунути їх дію чи хоча б мінімізувати.

І аналіз літератури, і проведені спеціальні дослідження, і безпосередні спостереження наштовхують на позитивну відповідь на перше із перелічених запитань. Не викликає сумніву і те, що етичні установки і погляди особистий досвід, риси характеру впливає на рішення, які приймаються в ході застосування правових норм. Разом із тим, підставою оцінки виступає не воля, бажання, інтереси конкретного працівника, а воля законодавця, інтереси суспільства, які знаходять вираз також в кримінально-правових нормах Тому очевидно, що суб'єктивізм при кваліфікації слід рішуче усувати. Не можна погодитися з тим, що при кваліфікації скоєного допускається свобода правозастосовувача, його угляд[[15]](#footnote-15). Адже це означає допустити, що діяння оцінюється не відповідно до волі законодавця, а згідно смаків, уподобань, настроїв конкретної особи, уповноваженої на застосування правових норм. Творчий же характер кваліфікації, який відзначається в літературі[[16]](#footnote-16), має проявлятися не в її результатах, а лише в шляху, який веде до них.

Запорукою об'єктивності кваліфікації є використання в її ході об'єктивно встановлених підстав. Тому при кваліфікації слід виходити з встановлених у процесуальному порядку обставин справи, а не з власних догадок, припущень, уподобань. Водночас необхідно керуватися кримінальним законом, актами його офіційного тлумачення, а не своєю суб'єктивною оцінкою скоєного та розумінням закону, уявленнями про оцінку скоєного потерпілим чи іншими особами. На жаль, це нерідко ігнорується на практиці.

Чинне процесуальне законодавство, теорія, правозастосовна практика встановлюють, розробляють та реалізовують заходи, спрямовані на забезпечення об'єктивності кваліфікації. Чільне місце серед них займає забезпечення незалежності учасників процесу, які уповноважені на кримінально-правову оцінку діянь інших осіб. Пленум Верховного Суду України в п.2 постанови №4 від 12 квітня 1996 р. (з наступними змінами) "Про застосування законодавства, що забезпечує незалежність суддів" відзначив, що незалежність суддів є основною умовою їх об'єктивності та неупередженості, вказав, що суддя повинен бути незалежним як від правової позиції прокурорів, захисників, інших учасників судового процесу, так і від представників влади, юридичних чи фізичних осіб. Незалежність від правової позиції означає не що інше, як самостійність при кримінально-правовій кваліфікації діяння, "незв'язаність" рішеннями, що прийняті раніше. Разом із тим було б неправильним вважати, що суддя може бути абсолютно вільним у вирішенні питань кваліфікації. Оскільки принцип об'єктивності кримінально-правової кваліфікації діє в системі інших принципів, то вони обмежують повноваження суду по зміні раніше даної кваліфікації, дозволяють проводити це лише в бік її "пом'якшення". Крім того, не погоджуючись з кримінально-правовою оцінкою діяння, яка дана органом дізнання, слідчим, прокурором, яку пропонують інші учасники процесу в своїх клопотаннях, суд повинен мотивувати свою незгоду, висунути необхідні аргументи.

Забезпечення незалежності суддів - далеко не єдиний захід для реалізації об'єктивності кримінально-правової кваліфікації. Чинне законодавство передбачає для цього й інші, цілком конкретні міри. Так, повертаючи справу на додаткове розслідування чи на новий судовий розгляд, суд касаційної інстанції не вправі вирішувати наперед питання про застосування судом першої інстанції того або іншого кримінального закону (ч.2 ст.376 КПК). Аналогічні обмеження встановлені і для суду апеляційної інстанції, він також не вправі визначати наперед висновки (в тому числі і з питань кваліфікації), що їх може зробити касаційна інстанція при повторному розгляді справи (ч.2,3 ст.395 КПК). Пленум Верховного Суду України в преамбулі постанови від 25 березня 1988 р. (з наступними змінами) "Про застосування судами України кримінально-процесуального законодавства, що регулює повернення справ на додаткове розслідування" відзначає як недолік в діяльності судів той факт, коли суди, повертаючи справи на додаткове розслідування, вирішують наперед питання про кваліфікацію вчиненого злочину, а в п.2, 21 цієї ж постанови вказує, що суди не вправі вирішувати наперед питання про застосування того чи іншого кримінального закону, кваліфікацію вчиненого [356]496). Слід відзначити, що негативна оцінка Верховним Судом України існуючої практики дачі судами органам попереднього розслідування вказівок з питань кваліфікації і відповідне роз'яснення є правильними по суті, хоча й прямо не заснованими на законі. Адже ні ст.246 КПК, яка регламентує повернення справи на додаткове розслідування з розпорядчого засідання, ні ст.281 цього ж кодексу, яка передбачає направлення справи на додаткове розслідування під час розгляду справи не містять прямої заборони давати вказівки слідству з питань кримінально-правової кваліфікації. Однак наявність таких вказівок посягає на процесуальну самостійність слідчого, перешкоджає об'єктивності кваліфікації під час продовження попереднього розслідування. Тому, видається, що названі норми КПК слід було б доповнити положеннями, які аналогічні тим, що містяться в ст.ст. 376, 395 КПК. Водночас звертає на себе увагу інший статус прокурора, в зв'язку з поверненням справи органу дізнання або слідчому для провадження додаткового розслідування, визначений чинним кримінально-процесуальним законодавством (п.2 ст.229 КПК). При цьому прокурор дає свої письмові вказівки, які, відповідно із ст.ст.114, 227 КПК, можуть стосуватися також кваліфікації злочину і є обов'язковими для органу дізнання та слідчого.

Точність кримінально-правової кваліфікації

Сучасне кримінальне законодавство становить собою складну систему. Воно глибоко структуроване. Сам законодавець намагається якомога точніше відобразити в статтях кримінального закону типові особливості злочинів, врахувати суспільну небезпеку тих чи інших посягань. При цьому в кримінальних законах немає хоча б двох співпадаючих між собою статей чи їх структурних частин.

Без сумніву, точність кримінального закону має виливатися і в точність кримінально-правової кваліфікації. Якщо законодавець диференціював відповідальність, виразив в законі своє ставлення до кримінально-правової оцінки певного діяння, то воно повинно бути враховано при застосуванні цього закону. Інакше - втрачається сенс законодавчої диференціації кримінально-правових норм. Це означає, що діяння повинно бути кваліфіковане не взагалі за кримінальним законом як злочин, не просто за однією із статей, що охоплює скоєне, а воно має кваліфікуватися саме за тією статтею, частиною статті, пунктом, яка введена в законодавство для оцінки певних посягань[[17]](#footnote-17).

Таким чином, точність кримінально-правової кваліфікації виражається у двох її аспектах. Перший стосується конкретності кримінально-правової оцінки діяння. Другий - обов'язковості її досягнення. Зупинимося на них детальніше, що, зокрема, допоможе обгрунтувати, чому точність кримінально-правової кваліфікації підноситься до рангу одного з її принципів.

**Конкретність кримінально-правової кваліфікації** грунтується на індивідуальній відокремленості кожної з кримінально-правових норм. Законодавство не містить навіть двох повністю співпадаючих між собою статей. Звідси випливає, що конкретність кримінально-правової кваліфікації має проявлятися в цілому ряді положень. Вони стосуються:

- вказівки на кримінальний закон, яким передбачене діяння, що кваліфікується;

- посилання на статті Загальної частини;

- посилання на статті Особливої частини.

В теорії кримінального права і правозастосовній практиці формі, в якій здійснюється вказівка на кримінальний закон, що містить норму, за якою кваліфікується діяння особи, звичайно не приділяється належної уваги. Оскільки в абсолютній більшості випадків застосовуються норми чинного Кримінального кодексу України, то обмежуються скороченим загальновідомим його найменуванням - КК України, маючи на увазі його останню редакцію. Однак далеко не в усіх випадках таке посилання достатнє. Головним чином це пов'язане зі змінами статей КК, часто неодноразовими. Нерідко з матеріалів кримінальної справи неможливо зрозуміти, за статтею, яка діє в якій редакції, кваліфіковані діяння. На це неодноразово вказується Верховним Судом України, зокрема в оглядах і узагальненнях судової практики.

Точність кваліфікації не буде досягнута, якщо крім конкретної вказівки на норму Особливої частини кримінального закону не буде здійснене таке ж конкретне посилання на ті норми, до яких потрібно звертатися для з'ясування змісту кримінально-правової норми. Відсилочна чи бланкетна диспозиція статті кримінального закону, субсидіарне застосування норм інших галузей права передбачають, що при кримінально-правовій кваліфікації буде не просто названий відповідний нормативно-правовий акт, але й вказані відповідні статті, пункти, параграфи. На необхідність досягнення конкретності посилань на норми інших галузей права постійно звертає увагу Верховний Суд України.

Особливу увагу точності кваліфікації має бути приділено при множинності злочинів. Це підкреслюється нормами кримінально-процесуального законодавства - ч. 2 ст.132 КПК передбачає, що коли обвинувачений притягається до відповідальності за вчинення декількох злочинів, що підпадають під ознаки різних статей кримінального закону, в постанові про притягнення як обвинуваченого повинно бути вказано, які саме дії ставляться обвинуваченому у вину по кожній з цих статей.

**Безумовність досягнення точності кримінально-правової кваліфікації**. Точність кваліфікації становить собою самостійну цінність. Саме з точністю пов'язується її правильність і законність. Адже неточну кваліфікацію - таку, коли скоєне кваліфіковане не за тією статтею чи частиною, пунктом статті, чи коли не вказаний структурний елемент статті, який передбачає саме дане діяння, за жодних умов не можна вважати правильною. Навіть визначення статті Особливої частини без конкретизації її частини, пункту, без необхідних посилань на статті Загальної частини, без точної вказівки того, норма чи норми якого закону застосовуються, нічого не дає для кримінально-правової оцінки діяння. Не існує умисного вбивства при обтяжуючих обставинах взагалі - є таке вбивство, вчинене при наявності однієї чи кількох конкретних ознак, передбачених окремими пунктами ч.2 ст. 115 абстракцією, є оцінка скоєного як крадіжки взагалі - вона має бути кваліфікована за однією із частин відповідної статті КК.

Кримінально-правові, в меншій мірі кримінально-процесуальні наслідки кваліфікації, пов'язуються з визначенням не лише статті, а й її частини чи пункту.

Тому точність кваліфікації має бути досягнута незалежно від того, чи впливає це на вирішення якогось конкретного питання. Найчастіше виникає питання про доцільність зміни кваліфікації коли це не пов'язано із зміною становища обвинуваченого, підсудного. Часом висловлюється думка, що неточну кваліфікацію можна "не зачіпати", якщо це не викличе одночасно зміну запобіжного заходу, застосування давності, пом'якшення покарання, тощо. Однак така позиція спрямована лише на приховування помилок, допущених на попередніх стадіях кримінального процесу. Вона не враховує того, що кваліфікація впливає на вирішення цілого комплексу правових питань, неправильності в ній відкликаються на становищі як даної особи, так і її співучасників, причетних до злочину. Врешті-решт, точність кримінально-правової кваліфікації - це точність юридичної і соціальної оцінки вчиненого діяння. Тому не лише юридично правильною, а й політично зрілою є позиція тих правників, які відстоюють необхідність досягнення того, що на практиці називають "чистотою кваліфікації". Під нею якраз і розуміють точність кримінально-правової оцінки скоєного, вмінення саме тих норм кримінального закону, які передбачають діяння, безвідносно до можливого покарання або застосування інших заходів до особи.

Індивідуальність кримінально-правової кваліфікації

Кожне діяння, яке підлягає кваліфікації своєрідне, неповторне, відрізняється лише йому притаманними ознаками. Тому і його кримінально-правова оцінка повинна здійснюватися в кожному випадку окремо, індивідуально.

Індивідуальність кваліфікації має різноманітні прояви. По-перше, вона стосується оцінки кожного злочину окремо, самостійно. По-друге, індивідуальність кваліфікації означає, що кримінально-правова оцінка діяння кожної особи стосується лише її самої. Тобто кваліфікація носить персональний характер. По-третє, кримінально-правова кваліфікація здійснюється відповідною посадовою особою одноосібно, навіть коли вона виступає від імені чи в складі колегіального органу.

**Самостійність кримінально-правової кваліфікації кожного діяння**. Немає і не може існувати двох абсолютно однакових, співпадаючих за усіма ознаками діянь. Кожне з них своєрідне, відрізняється від інших за часом і місцем вчинення, суб'єктами, безліччю інших індивідуальних особливостей. Тому й кримінально-правова кваліфікація, яка полягає у вичлененні з усіх встановлених ознак діяння тих типових, з якими чинний закон пов'язує правові наслідки, проводиться стосовно кожного діяння окремо. Це означає, що кожне діяння повинно отримати самостійну кримінально-правову оцінку. При цьому мають враховуватися лише індивідуальні ознаки, притаманні даному діянню. Тобто в момент кваліфікації слід абстрагуватися від всіх інших явищ, процесів, які хоча й пов'язані з кваліфікованим діянням, але є зовнішніми стосовно нього.

Разом із тим, загальний зв'язок і взаємозалежність всіх явищ об'єктивної дійсності вимагає в кінцевому підсумку враховувати при кваліфікації не лише ознаки даного діяння, але й інші діяння. Самостійність кваліфікації діяння виявляться в певній мірі обмежено. Обмежує ж її сам законодавець, "пов'язуючи" в ряді випадків відповідальність за діяння, яке кваліфікується, з іншими актами поведінки цієї ж особи. Так, при кваліфікації за статтями про злочини, ознакою яких є адміністративна чи дисциплінарна преюдиція, враховуються факт вчинення відповідних проступків та накладення за них стягнень. Якщо в диспозиції статті Особливої частини передбачена повторність злочину чи рецидив, то кваліфікація передбачає врахування факту попереднього вчинення злочину чи ще й засудження за нього.

Поведінка інших осіб приймається до уваги при кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті. Якщо кваліфіковане діяння є елементом спільної злочинної діяльності, то його кримінально-правова оцінка відбувається не ізольовано, а з врахуванням оцінки діянь всіх співучасників. Це, зокрема, знаходить свій вияв у тому, що, за загальним правилом, діяння всіх співучасників кваліфікується за тією ж статтею Особливої частини, що й діяння виконавця злочину.

Разом із тим, врахування при кваліфікації конкретного діяння "іншої"поведінки відбувається в певних межах. Насамперед, це межі часові - відповідні дії приймаються до уваги лише тоді, коли не зберігається юридична сила раніше накладеного стягнення, засудження, чи коли не спливли строки давності притягнення до відповідальності. Обмеженість врахування при кваліфікації поведінки інших осіб полягає в тому, що в ряді випадків діяння співучасників навіть одного злочину кваліфікуються за різними статтями, частинами, пунктами статей Особливої частини, про що буде сказано далі.

**Персональний характер кваліфікації діянь кожної особи**. Відомо, що кримінально-правові заборони, так само, як і дозволи вчиняти певні дії, адресовані окремим особам. Особистий характер носить кримінальна відповідальність, стимулюючі норми кримінального права також звернені до тих, хто може вчинити певні дії чи утриматися від них. В кримінальному законодавстві ряду країн це підкреслюється формулюваннями норм Загальної і Особливої частини, які розпочинаються словами "Кожний, хто...". Але й вітчизняне кримінальне законодавство, хоча воно й орієнтоване на діяння, а не на діяча, призначене для оцінки поведінки конкретних осіб, причому кожної із них зокрема.

Кримінально-процесуальне законодавство підкреслює, що питання кваліфікації вирішуються окремо щодо кожного з обвинувачених (ст.242 КПК). Особливе значення це положення має при кваліфікації злочинів, у вчиненні яких брали участь кілька осіб.

Законодавство України не визнає суб'єктами злочину юридичних осіб чи інші види колективних суб'єктів. При вчиненні злочину у співучасті кваліфікації підлягає діяння окремих співучасників, а не спільне посягання. Якщо при встановленні умов кримінальної відповідальності враховується, що злочин вчиняється групою осіб, групою осіб, що діють за попереднім зговором, організованою групою, злочинною організацією, то кримінально-правовій кваліфікації підлягає діяння особи, вчинене при відповідній формі співучасті.

**Кримінально-правова кваліфікація - як індивідуальна діяльність особи, що її здійснює**. При характеристиці суб'єктів кримінально-правової кваліфікації вказувалося, що ними виступають не окремі особи - працівники відповідних органів, а органи в цілому. Саме таке розуміння суб'єкта кваліфікації дозволяє пояснити можливість і доцільність контролю за діяльністю підпорядкованих працівників, законність вказівок для них з приводу кримінально-правової оцінки діяння. Разом із тим, кваліфікація - це логічний процес, діяльність, яка відбувається у свідомості конкретної особи. Жодне стороннє втручання у таку діяльність відбутися не може (якщо відкинути не підтверджувані сучасною наукою міркування про вплив навіювання, гіпнозу та інших містичних процесів). А отже кримінально-правова кваліфікація - це результат індивідуального сприйняття фактів, оцінки закону, співставлення фактичних і юридичних ознак діяння.

Навіть тоді, коли кримінально-правова кваліфікація проводиться в складі колегіального органу - суду, її результат виступає не як плід колективної думки, а як сума оцінок, даних окремими суддями. Підтвердженням цього є те, що рішення суду постановляється більшістю голосів, суддя, який не погоджується з правовою позицією колег має право на фіксацію своєї окремої думки.

Індивідуальність кваліфікації законом розглядається як гарантія її законності. Чинне кримінально-процесуальне законодавство містить цілий ряд положень, спрямованих на те, щоб в ході кваліфікації найповніше виразилася індивідуальна позиція посадової особи, яка її здійснює. Насамперед, до них відносяться правові заходи забезпечення процесуальної самостійності слідчих, незалежності суддів, які розглянуті вище при аналізі принципу об'єктивності кримінально-правової кваліфікації. До таких заходів слід віднести і міри відповідальності за втручання у вирішення судових справ та діяльність інших посадових осіб, які уповноважені на проведення кримінально-правової кваліфікації, особливий порядок призначення на посади та увільнення з них, притягнення до відповідальності працівників прокуратури і суддів.

Принцип повноти кваліфікації.

Під повнотою кваліфікації слід розуміти її закінченість та вичерпність. Слід зазначити, що повнота кваліфікації має поєднуватися з іншими принципами кримінально-правової кваліфікації. Зокрема, прагнення повноти кваліфікації не повинно вести до того, що одні й ті ж діяння враховуються при кваліфікації неодноразово.

Кваліфікація насамперед буде повною, якщо **кримінально-правову оцінку отримали всі діяння, вчинені особою.** Необхідність проводити кримінально-правову оцінку всіх значущих з точки зору кримінального закону діянь випливає з кримінально-правового принципу невідворотності відповідальності, принципу офіційності кваліфікації, процесуального принципу забезпечення всебічності, повноти і об’єктивності дослідження обставин справи. Якщо певні обставини вже виявлені, встановлені, то в ході попереднього розслідування та судового розгляду кримінальної справи вони не повинні бути залишені без уваги. Кожна із них має дістати кримінально-правову оцінку - або визнана такою, що не має кримінально-правового значення, або ж віднесена до тих, що є підставою для визнання діяння злочином чи навпаки, правомірним вчинком. Повнота кваліфікації усіх діянь базується як на обов’язку особи понести відповідальність за все вчинене, чи навпаки, на праві не перетерпівати жодних негативних наслідків у випадку вчинення дій, позитивних в точки зору кримінального закону, так і на повноваженнях та обов’язках правоохоронних органів і судів.

Тому недопустимо зосереджувати увагу лише на частині скоєного й давати оцінку лише найбільш небезпечним чи яскраво вираженим діянням. Залишаючи без уваги інші діяння часто неможливо дати належну оцінку і тому «основному».

На забезпечення повноти кваліфікації - необхідность оцінки всіх діянь, вчинених особою, особливо слід звертати увагу при кваліфікації співучасті у злочині, множинності злочинів, а також злочинів, вчинених при наявності одночасно кількох кваліфікуючих ознак.

***Стосовно співучасті*** вказана проблема виникає при виконанні однією особою одночасно кількох функцій. Маються на увазі ті нерідкі в практиці випадки, коли окремі співучасники - підмовник, організатор, пособник - крім своєї ролі виступають ще й у якості виконавця чи співвиконавця злочину чи має місце інше поєднання в одній особі кількох видів співучасників. Видається за доцільне підтримати висловлену в літературі думку щодо кваліфікації дій співучасника, який поєднує кілька функцій, згідно з якою потрібно не акцентувати увагу на якійсь одній з них, а посилатися на кожну з частин ст.27 КК, що передбачає діяльність певних видів співучасників та відповідну норму Особливої частини. Така кваліфікація покаже дійсну роль кожної особи у вчиненні злочину, сприятиме призначенню покарання з врахуванням характеру та ступеня участі у спільному вчиненні злочину.

***Стосовно множинності злочинів проблема забезпечення повноти кваліфікації***виникає в зв’язку із вирішенням питання про необхідність кримінально-правової оцінки окремих злочинів, які утворюють таку множинність. Слід зауважити, що вказана проблема стосовно окремих видів множинності ставиться в різній площині. Для кваліфікації рецидиву злочинів воно не становить гостроти. Адже злочин, за який особа була засуджена, вже отримав кримінально-правову оцінку, новий же злочин кваліфікується окремо. Таким чином, кваліфікація рецидиву відображає факт вчинення кількох діянь. При сукупності злочинів скоєне завжди кваліфікується за всіма статтями Особливої частини, які передбачають окремі злочини, що утворюють сукупність.

Відносно ж повторності злочинів суть проблеми забезпечення повноти кримінально-правової кваліфікації полягає у визначенні того, чи потрібно окремо кваліфікувати (точніше - відображати у формулі кваліфікації, у формулюванні звинувачення) ті злочини, з яких складається повторність.

Таким чином, при кваліфікації повторності злочинів потрібно визначити, чи підлягає окремій кримінально-правовій кваліфікації перший епізод, який є складовою повторності, а також, чи слід окремо кваліфікувати ті посягання, які вчинені вже після наявності повторності злочинів - третій і наступні при повторенні злочинів та неодноразовості, четвертий і наступні - при систематичності.

Видається, що необхідність забезпечити повноту кваліфікації (а тим самим і її законність, точність, невідворотність відповідальності за кожний злочин) веде до визнання правильною таку кримінально-правову оцінку повторності злочинів, коли кожне посягання, яке утворює повторність, отримує окрему кваліфікацію.

Нарешті, *забезпечення повноти кваліфікації кожного діяння стосується оцінки злочинів, вчинених при наявності одночасно кількох кваліфікуючих ознак***.** Такі ознаки можуть бути передбачені як однією і тією ж частиною статті, так і різними її частинами, або ж окремими пунктами статті. За практикою яка склалася, і відповідно до роз’яснень, що викладені у постановах Пленуму Верховного Суду України, скоєне кваліфікується:

- при наявності кваліфікуючих ознак, передбачених різними пунктами статті Особливої частини - за всіма пунктами цієї статті

- при наявності кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак, передбачених різними частинами тієї чи іншої статті - за частиною статті, яка передбачає більш суворе покарання. При цьому всі кваліфікуючі ознаки повинні бути вказані в постанові про притягнення як обвинуваченого, обвинувальному висновку і в мотивувальній частині вироку

В останньому випадку не забезпечується, ні повнота кваліфікації, ні її індивідуалізація. Принаймні з формули кваліфікації важко вияснити, який же злочин вчинено. Адже однаково кваліфікуються і злочин, вчинений при наявності однієї кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною статті, яка передбачає найбільш суворе покарання, і злочин в якому наявні одразу кілька кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак, факт наявності кількох кваліфікуючих ознак не відображається.

Видається, що забезпечити повноту кваліфікації аналізованих посягань можна було б в певній мірі і з позиції нині чинного законодавства. Для цього кваліфікувати діяння з посиланням на всі частини статті, які передбачають встановлені у справі кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі ознаки. Щоправда це рішення прийнятне лише для тих випадків, коли злочин вчинений при наявності усіх без винятку кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак, передбачених відповідними частинами статті. Інакше ж така оцінка скоєного стоятиме на заваді реалізації іншого принципу кваліфікації - принципу недопустимості подвійного інкримінування. Якщо ж відповідна частина статті передбачає і кваліфікуючі ознаки, які в даному випадку відсутні, то пропонована кваліфікація суперечитиме і принципу її точності. Наприклад, кваліфікація крадіжки вчиненої повторно і з проникненням у житло за чч.2,3 ст.185 КК не вказувала б на те, що в даному випадку відсутні такі кваліфікуючі ознаки крадіжки, як заподіяння значної шкоди потерпілому, вчинення її за попереднім зговором групою осіб.

Більш оптимальним шляхом забезпечення повноти кримінально-правової кваліфікації злочинів, вчинених при наявності кількох кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак, буде інше конструювання диспозицій статей Особливої частини - буквенне або цифрове позначення кожної із таких ознак.

**Повнота кваліфікації передбачає, що при її здійсненні кваліфікації використані всі чинні правові норми.** Кваліфікація з врахуванням усіх кримінально-правових норм означає, що вибір тих, які мають бути застосовані в даному випадку, проводиться з врахуваням правил про конкуренцію норм, колізію між ними, дію кримінального закону в часі.

Повнота врахування норм означає також, що належить керуватися усіма структурними елементами кожної норми - її гіпотезою, диспозицією та санкцією. Всі вони становлять нерозривне ціле, складають єдину норму.

Нарешті, повнота кваліфікації передбачає, що вона **досягла того ступеня досконалості, коли вже не може бути доповнена, уточнена, змінена.** Це досягатється при її проведенні з використанням всіх існуючих і таких, що відносяться до даного випадку правил кримінально-правової оцінки діяння, як писаних, так і неписаних, як загальних, так і тих, що стосуються окремих видів злочинної діяльності чи окремих злочинів. При цьому нерідко виникає проблема конкуренції між такими правилами та колізії між ними.

Оскільки в вітчизняному праві правила кваліфікації не закріплені, вибір «потрібних» (підходячих для даного випадку) положень часто викликає труднощі. Зокрема, це стосується випадків коли окремі правила кваліфікації суперечать одне одному. Видається, що тоді слід керуватися наступними міркуваннями:

- приписи з питань кваліфікації, які закріплені в чинних постановах Пленуму Верховного Суду, мають перевагу над неписанами положеннями. З принципу законності кримінально-правової кваліфікації випливає їх формальна обов’язковість для всіх посадових осіб, які уповноважені на офіційну правову оцінку діяння. Тому при виявленні суперечності між теоретичними аксіомами і постулатами та обов’язковими роз’ясненнями Пленуму Верховного Суду перевагу стосовно конкретних справ слід віддавати останнім. В плані ж формування банку правил кваліфікації, які Верховний Суд вважає за потрібне роз’яснити з метою уніфікації судової практики, вдосконалення існуючих постанов, науково обгрунтовані положення повинні мати першість. Аналогічно слід оцінювати і положення, викладені в матеріалах опублікованої судової практики, виходячи вже не з формальної, а фактичної обов’язковості прецеденту рішень вищестоячих судових органів;

- роз’яснення і вказівки, викладені в інших документах, які виходять від Верховного Суду (оглядах, аналізах і узагальненнях судової практики, листах, відповідях на запитання тощо) мають таке ж значення, як і будь-які інші - теоретичні - положення. Вони повинні застосовуватися тоді, коли не суперечать обов’язковим вказівкам, є теоретично обгрунтованими, відповідають всій системі правил кваліфікації;

- загальні положення - виведені як принципи кримінально-правової кваліфікації (чи принципи більш високого рівня узагальнення), сформульовані як правила кваліфікації окремих видів злочинної діяльності чи такі, що поширюються на певні види застосування кримінально-правових норм (кваліфікації попередньої злочинної діяльності, кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм тощо) мають перевагу над правилами кваліфікації окремих злочинів. Існуюче між ними співвідношення загального, особливого і одиничного передбачає, що одиничне - правила кваліфікації окремих злочинів - є проявом і конкретизацією загального і особливого, не може суперечити явищам вищого рівня узагальнення. Якщо ж такі суперечності мають місце, то це означає, що або правила кваліфікації крадіжки, хуліганства, дезертирства чи інших окремих злочинів сформульовані неточно, або ж що в даному випадку неправильно виявлений принцип кваліфікації чи типове правило, які поширюються на кваліфіковане діяння.

В цілому ж можна стверджувати, що при кримінально-правовій оцінці діяння мають застосовуватися всі правила кваліфікації, які є формально обов’язковими, логічно несуперечливими, становлять собою елемент системи відповідних положень і не випадають із неї.

Вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються

Чинне кримінальне законодавство не дозволяє однозначно кваліфікувати цілий ряд типових ситуацій. Це, наприклад, готування чи замах на злочин при неконкретизованому умислі, помилка в наявності кваліфікуючих ознак злочину тощо. Теоретично можливі варіанти кваліфікації, які є більш сприятливими для обвинуваченого, підсудного, чи навпаки.

В теорії кримінального права здавна обгрунтовується, що всякі сумніви при тлумаченні закону, його застосуванні повинні вирішуватися на користь підсудного. Відповідні положення були відомі ще римському праву. В найвідомішій його пам'ятці - Дігестах Юстиніана були закріплені положення:

- in poenalibus causis benignius interpretandum est; in dubiis - mitium (в кримінальних справах закон тлумачиться поблажливо для підсудного; в сумнівних випадках - тим більше);

- interpreattione legum poena mollindae sunt quam asperandea (тлумачення закону про покарання має бути скоріше м'яким, ніж суворим)

Відповідна позиція знайшла своє відображення і в роботах криміналістів в наступні періоди. Н.С.Таганцев підкреслює, що при вирішенні суперечностей, які зустрічаються в законах, право кримінальне виробило кілька положень, які, втім, аналогічні з принципами права цивільного, серед них те, що у випадку сумніву повинен застосовуватися закон, найбільш поблажливий до підсудного[[18]](#footnote-18). П.І.Люблінський, М.Д.Шаргородський необхідність вирішувати сумніви на користь підсудного також поставили на перше місце серед вимог до логічного тлумачення закону[[19]](#footnote-19).

Стосовно вирішення аналогічного питання - при сумніву у оцінці доказів - в кримінально-процесуальному праві існує визнане теорією та закріплене в одній з постанов Пленуму Верховного Суду СРСР (1969р., "Про судовий вирок" положення, що сумніви трактуються на користь обвинуваченого. Міжнародно-правові пакти про права людини, практика їх застосування також виходять з позиції, згідно якої недоліки в законодавстві, сумнівні положення не можуть погіршувати положення людини[[20]](#footnote-20). Конституція України в ч.3 ст.62 прямо вказує, що усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Як справедливо вказував В.М.Савіцкій, правило про тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого, по-перше, служить додатковим стимулом для органів обвинувачення і суду в їх прагненні максимально повно і точно з'ясувати всі обставини справи, а, по-друге, це правило вказує, як же слід вчинити, якщо від сумнівів позбавитися все ж таки не вдалося[[21]](#footnote-21). В основі правила про тлумачення нездоланних сумнівів на користь підозрюваного, обвинуваченого, підсудного знаходиться право на захист, вказане правило зобов'язує прикласти всі зусилля для того, щоб спростувати ці сумніви[[22]](#footnote-22).

Видається, що це правило в повній мірі повинно поширюватися і на вирішення питань кримінально-правової кваліфікації. Перш за все, воно відповідає наведеним вище загальноправовим принципам, відповідно з якими неясність закону, його недоліки, будь-які недопрацювання відповідних державних органів не повинні погіршувати становище громадянина[[23]](#footnote-23).

Крім того, відомо, що право на притягнення до кримінальної відповідальності, на офіційну кримінально-правову кваліфікацію дій особи - це прерогатива держави. Воно реалізується на підставі встановленого цією ж державою закону. У випадку ж нечіткості закону виникає колізія між інтересами держави та громадянина, дії якого кваліфікуються. В силу загальновизнаного в сучасному праві пріоритету прав громадянина - індивідуальних прав над правами держави і суспільства, питання кваліфікації повинні вирішуватися на користь особи, дії якої кваліфікуються.

Нарешті, принцип, відповідно до якого спірні питання кримінально-правової кваліфікації мають вирішуватися на користь громадянина, випливають також з презумпції невинуватості. Ця презумпція передбачає, що обов'язок доказування вини, а отже й того, що особа повинна нести відповідальність за певною кримінально-правовою нормою, покладається на державу. Якщо ж уповноважені державою органи однозначно не довели, що слід застосовувати чітко визначену кримінально-правову норму, то застосовуватися має більш сприятлива для особи норма (звісно, якщо і її застосування належно обгрунтовано).

Разом з тим, наявність сумнівних з позиції кваліфікації положень свідчить про недоліки кримінального закону й необхідність його вдосконалення. Щонайменше ж потрібно в самому КК закріпити правило про те, як слід кваліфікувати скоєне, в розглядуваних ситуаціях.

Недопустимість подвійного інкримінування

Конституція України закріпила загальноправовий принцип *non bis in idem* , передбачивши в ч.1 ст.61, що ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. В теорії кримінального права це положення часто поширюють лише на випадки, коли громадянин держави вчинив злочин за кордоном, поніс там покарання і знову опинився в Україні. Його не можна знову притягати до відповідальності, хоча б і здавалося, що перенесене ним покарання надто м'яке і не відповідає вітчизняним законам[[24]](#footnote-24). Такий підхід, як видається, надто звужує кримінально-правове значення цього конституційного положення, оскільки воно стосується і кваліфікації діяння. Його важливість визначає віднесення відповідних положень до принципів кримінально-правової кваліфікації.

Стосовно кваліфікації цей принцип означає:

1) посягання не може кваліфікуватися за нормою Особливої частини кримінального законодавства, якщо інша норма з числа інкримінованих ж особі, повністю охоплює скоєне;

2) діяння, яке отримало правову оцінку як адміністративний проступок, не може одночасно виступати як ознака злочину

На вказаному принципі базується ряд правил кваліфікації злочинів. Одне із них передбачає, що при конкуренції загальної і спеціальної норми скоєне кваліфікується за спеціальною нормою. З цього випливає, що не можуть бути одночасно стосовно одного й того ж посягання застосованіі загальна, і спеціальна норми.

Ще одне правило, яке випливає із вказаного принципу кваліфікації злочинів, полягає в тому, що *при конкуренції частини і цілого, скоєне кваліфікується за статтею, яка встановлює відповідальність за все скоєне, не може мати місце сукупність статей, які передбачають частину і ціле*. Наприклад, заподіяння в ході розбійного нападу тілесних ушкоджень повністю охоплюється відповідними частинами ст.187 КК й кваліфікації за ст.ст.121, 122, ч.2 ст.125 КК не потребує. Тобто, окремі злочини, які утворюють так званий складений злочин (врахована законодавцем сукупність злочинів, коли в межах однієї статті Особливої частини об'єднані посягання, кожне з яких становить собою окремий злочин) самостійній кваліфікації не підлягають.

Принцип недопустимості подвійного інкримінування передбачає, що *при помилці в фактичних обставинах справи скоєне не може бути кваліфіковане за сукупністю норм, які передбачають відповідальність за фактично заподіяну шкоду і посягання, на вчинення якого був спрямований умисел винного*. Таке рішення означає штучне конструювання сукупності злочинів там, де фактично вчинене лише одне посягання.

Нарешті, розглядуваний принцип кваліфікації лежить в основі правила, згідно якого посягання, яке передбачене самостійною кримінально-правовою нормою і яке виступає способом, наслідком або іншою ознакою іншого злочину (основного), повністю охоплюється нормою про цей злочин, якщо він менш небезпечний, ніж основний злочин. В зв'язку з цим виникає проблема визначити, які ж злочини поглинаються (включаються) в інші посягання, чи, точніше, які статті Особливої частини охоплюють собою діяння, одночасно передбачені іншими самостійними статтями КК. Звичайно при цьому виходять з порівняння санкцій статей Особливої частини. Започаткував такий підхід Пленум Верховного Суду колишнього СРСР, який в постанові від 3 липня 1963 р. №7 "Про судову практику по застосуванню законодавства в справах про відповідальність за посягання на життя, здоров'я і гідність працівників міліції і народних дружинників" не лише дав роз'яснення відповідно з яким складом злочину, передбаченого ч.2 ст.1881 КК, охоплюються легке та середньої тяжкості тілесне ушкодження, а й пояснив мотиви такого тлумачення - те, що за тілесні ушкодження цих видів закон передбачає менш тяжке покарання, ніж за опір працівнику міліції, поєднаний із застосуванням насильства [320]548).

З цих же засад в цілому виходить і Верховний Суд України. Існують численні роз'яснення його Пленуму, є багата опублікована практика з цього приводу.

Ще один аспект проблеми недопустимості подвійного інкримінування пов'язаний із врахуванням при кваліфікації діянь, які є частиною адміністративного проступку чи іншого правопорушення і вже отримали відповідну правову оцінку. З принципу недопустимості подвійного інкримінування випливає, що коли певні діяння вже враховані як ознака іншого правопорушення, то вони одночасно не повинні враховуватися як ознака злочину[284; 291,c.434-436; 397]552).

Адже їх правові наслідки погашені фактом накладення адміністративного стягнення.. Подвійне врахування одних і тих же дій як складових і адміністративного проступку, за який вже накладене стягнення, і злочину означає, що за одні і ті ж дії особа двічі несе юридичну відповідальність. Причому тут немає кумуляції правопорушень різних видів - коли однією дією вчиняється, наприклад, злочин і цивільний делікт, а є одне правопорушення, яке складається з кількох діянь.

Тому є підстави вважати, що при кримінально-правовій кваліфікації неприпустимо враховувати діяння, за які особа законно піддана іншим видам юридичної відповідальності. Адже це означає порушення загальноправового принципу про недопустимість подвійної відповідальності за одні і ті ж діяння та аналізованого принципу кримінально-правової кваліфікації.

В зв'язку з цим слід звернути увагу і на невдалість формулювання, яке міститься в ч.1 ст. ст.61 Конституції України. Мова повинна йти про те, що ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності не лише одного виду, а й різних видів за одне й те саме правопорушення.

Стабільність кримінально-правової кваліфікації

Як уже відзначалося, існує презумпція правильності кримінально-правової кваліфікації. Вона базується на припущенні, що всі особи, які здійснюють кримінально-правову оцінку діяння, виконують свої повноваження добросовісно, мають належний рівень фахової підготовки, злагоджено діє вся система відповідних органів, існує і дотримується процесуальний порядок кваліфікації тощо. Тому кваліфікація, виражена в процесуальних документах, які набрали чинності, вважається правильною до того часу, поки відповідний документ не буде змінений чи не скасований в установленому законом порядку.

Відповідно, правильна кваліфікація має бути стабільною, тобто не може змінюватися довільно і надто легко. Водночас стабільність кваліфікації не означає її абсолютну незмінність. При наявності відповідних підстав, з дотриманням встановленого процесуального порядку вона може бути уточнена, змінена. Стабільність кваліфікації "підпирається" її динамізмом, хоча на перший погляд це й виглядає парадоксально. Проте саме можливість зміни раніше проведеної кваліфікації по мірі руху кримінальної справи робить кримінально-правову оцінку діяння все більш обгрунтованою і авторитетною. Якщо на початкових стадіях процесу - при порушенні кримінальної справи, пред'явленні обвинувачення стабільність кваліфікації є відносною, то ближче до його завершення - наближається до абсолютної.

Стабільність кваліфікації є гарантією прав учасників процесу. Можливість зміни кваліфікації лише при наявності належних підстав, необхідність мотивування такого рішення робить більш стійким процесуальне положення як обвинуваченого, так і потерпілого, цивільного позивача.

Стабільність кваліфікації сприяє підвищенню авторитету осіб, які уповноважені на її здійснення. Підтвердження на наступних стадіях процесу правильності проведеної кримінально-правової оцінки свідчить про належний рівень роботи, дотримання законності особою, яка проводить дізнання, слідчим, прокурором, суддею. І навпаки, зміни в кваліфікації - це, як правило, свідчення браку в роботі. Тому посадові особи, які здійснюють кваліфікацію, прагнуть, щоб вона залишалася незмінною.

# 4. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ З УРАХУВАННЯМ СТАДІЇ ЙОГО ВЧИНЕННЯ

Кримінальне законодавство передбачає відповідальність не лише за закінчене посягання, а і за готування до злочину та замах на нього. Тому кваліфікація злочину передбачає встановлення стадії його вчинення. Не зважаючи на те, що в КК України є спеціальні положення, що стосуються відповідальності за готування до злочину та замах на нього (ст.13 - 16 КК), що відповідні проблеми давно розробляються у теорії кримінального права, врахування стадії вчинення злочину у ході його кваліфікації становить певні складності у правозастосовеій практиці. Найбільше утруднень виникає у зв’язку з визначенням моменту закінчення окремих видів злочинів, кваліфікацією посягань, у яких є ознаки одночасно і попередньої злочинної діяльності і закінчених злочинів, кваліфікацією готування до злочину і замаху на нього при альтернативному і неконкретизованому умислі тощо. Ці утруднення у значній мірі викликані тим, що у чинному законодавстві питання кваліфікації закінченого злочину та попередньої злочинної діяльності не регламентовані, а у теорії кримінального права багато питань залишаються поза увагою дослідників, або ж вирішуються суперечливо.

Вказані обставини і обумов актуальність даної теми.

## 4.1. Кваліфікація закінченого злочину

Види стадій вчинення злочину, які враховуються при кваліфікації

Відомо, що у теорії кримінального права та в кримінальному законодавстві виділяють три стадії злочину, які враховуються при кваліфікації посягання:

1) готування до злочину;

2) замах на злочин;

3) закінчений злочин.

Так зване виявлення умислу ("голий умисел") - тобто намір вчинити злочин, який не виразився зовні у конкретних діяннях, не є злочином, не тягне кримінальної відповідальності, а отже і кримінально-правовій кваліфікації не підлягає. Адже злочин, відповідно до ст.11 КК, це дія або бездіяльність.

Готування до злочину та замах на нього в КК називається незакінченим злочином, у теорії та на практиці їх ще прийнято називати попередньою злочинною діяльністю (або попередніми стадіями вчинення злочину).

Наявність вказаних стадій вчинення злочину не означає, що всі злочини, які вчиняються з прямим умислом, обов'язково проходять усі стадії, або що наявність стадій взагалі обов'язкова для кожного умисного злочину[[25]](#footnote-25). Посягання кваліфікується як готування до злочину чи замаху на нього лише тоді, коли злочинна діяльність перервана на відповідній стадії. Якщо ж злочин продовжується - після приготувальних дій вчиняються ті, що оцінюються як замах, або має місце закінчений злочин, то стадії готування до злочину, замаху на нього самостійній кваліфікації не підлягають. Має місце так зване поглинання більш пізньою стадією вчинення злочину попередньої стадії. У літературі обгрунтовано відзначалася наявність ієрархії стадій вчинення злочину, сутність якої полягає у тому, що кожна нижчестояща стадія є складовою частиною вищестоящої, а будь-яка вищестояща охоплює нижчестоящу[[26]](#footnote-26). Кожне діяння досягає якоїсь однієї стадії. Діяння не може мати двох стадій його вчинення, а тому *воно завжди повинно кваліфікуватися за самою високою стадією його завершеності*[[27]](#footnote-27).

Урахування стадії вчинення злочину при його кваліфікації полягає:

- у побудові формули кваліфікації, яка щодо кожної із стадій має специфічний вигляд;

- у оцінці певних видів злочинної діяльності як незакінчених злочинів;

- у вирішенні питань конкуренції закінчених та незакінчених злочинів;

- у визнанні наявності сукупності у випадках, коли попередня злочинна діяльність становить собою самостійний закінчений злочин.

Поняття закінченого злочину. Загальне правило

Закінчений злочин - це типовий вид злочину, ознаки якого встановлені у нормах Особливої частини КК, стосовно якого сконструйовані основні інститути Загальної частини (вина, співучасть, причетність тощо).

За загальним правилом, *злочин визнається закінченим, якщо у фактично скоєному є всі ознаки посягання, передбачені кримінально-правовою нормою.*З такого визначення випливає, що при визначенні моменту закінчення злочину потрібно враховувати:

1) ***описання злочину у Особливій частині КК*** - чим більше ознак злочину названо у диспозиції статті КК, тим більше їх потрібно для того, щоб були підстави вважати злочин закінченим;

2) ***фактичне виконання об'єктивної сторони злочину*** - злочин може бути визнаний закінченим лише тоді, коли є всі обов'язкові ознаки об'єктивної сторони.

У статтях Особливої частини КК злочини описуються по-різному, що враховується при визначенні моменту закінчення передбачених відповідними нормами злочинів. Можуть бути виділені принаймні три варіанти формулювання диспозицій кримінально-правових норм і, відповідно, три різновиди вище сформульованого правила про момент закінчення злочину - стосовно злочину з матеріальним складом, формальним складом, усіченим складом. Існують також особливості у моменті закінчення так званих складних одиничних злочинів - триваючих, продовжуваних, складених, а також злочинів, вчинених у співучасті.

Момент закінчення злочину з матеріальним складом.

Матеріальний склад злочину має місце тоді, коли у диспозиції статті назване і суспільно-небезпечне діяння, і наслідки злочину, або лише наслідки. Причому, може називатися лише один наслідок, кілька альтернативних наслідків, кілька обов'язкових наслідків.

*Злочин з матеріальним складом вважається закінченим тоді, коли настали суспільно-небезпечні наслідки посягання, передбачені диспозицією.*

Якщо у статті Особливої частини названо кілька обов'язкових наслідків злочину, то такий злочин є закінченим з моменту настання усіх обов'язкових наслідків. При цьому один з наслідків, вказаний удиспозиції статті є проміжним на шляху до іншого (інших) - кінцевого. Наприклад, посягання, передбачене ч.2 ст.121 КК вважається закінченим тоді, коли мають місце наслідки і у вигляді тяжкого тілесного ушкодження, і смерті потерпілого; злочин, передбачений ч.2 ст.194 КК закінчений за умови, що відбулося як знищення або пошкодження чужого майна (тобто приведення їх у стан повної чи часткової непридатності), так і заподіяння майнової шкоди в особливо великих розмірах або загибель людей чи інші тяжкі наслідки. Настання ж лише одного (проміжного) - наслідку не дає підстав кваліфікувати злочин як закінчений, настання ж тільки кінцевого наслідку, без проміжного, говорить про те, що має місце якийсь інший склад злочину. Так, заподіяння смерті з необережності, без наявності умисного тяжкого тілесного ушкодження, кваліфікується не як закінчений злочин, передбачений ч.2 ст.121 КК, а за ст.119 КК чи за іншими нормами, які передбачають заподіяння смерті через необережність.

Коли у статті Особливої частини названо кілька наслідків альтернативно (для цього характерно використання сполучників "або-або", "а так само", "чи", прийом перерахування "через кому"), то для визнання злочину закінченим достатньо настання хоча б одного з таких наслідків. Наприклад, злочин, передбачений ч.2 ст.345 КК є закінченим з моменту заподіяння потерпілому або легкого, або середньої тяжкості тілесного ушкодження.

У статтях Особливої частини чинного КК зустрічається і такий прийом формулювання диспозиції, коли використані терміни охоплюють як відповідну дію, так і наслідки. Мова йде, зокрема, про злочини, ознакою об'єктивної сторони яких є "посягання на життя" (ст.ст. 112, 348, 379, 400, 443 КК). У теорії кримінального права і на практикці загальновизнано, що зворот "посягання на життя" охоплює як заподіяння смерті, так і замах на вбивство, така позиція неодноразово закріплена у постановах Пленуму Верховного Суду України[[28]](#footnote-28). Склад такого злочину є одночасно і матеріальним, і формальним. Як закінчене таке посягання кваліфікується не лише тоді, коли настали наслідки у вигляді смерті, а й коли виконана дія, спрямована на позбавлення життя потерпілого - має місце замах на вбивство відповідної особи.

Момент закінчення злочину з формальним складом

Формальний склад злочину має місце тоді, коли у диспозиції статті вказане суспільно-небезпечне діяння, а наслідки не називаються (вони "упущені"). У формальних складах злочинів може бути одне діяння, кілька обов'язкових або кілька альтернативних діянь.

*Злочин з формальним складом вважається закінченим тоді, коли повністю виконане (завершене) діяння, яке назване у диспозиції статті Особливої частини як ознака складу такого посягання.*

Якщо у диспозиції статті Особливої частини названо кілька обов'язкових діянь, то такий злочин вважається закінченим з моменту виконання всіх обов'язкових діянь. Так, самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи (ст.353 КК) є закінченим злочином тоді, коли 1) вчинене самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи і 2) вчинені будь-які суспільно небезпечні діяння. Виконання лише одного з обов'язкових діянь не дає підстави кваліфікувати злочин як закінченого посягання.

Злочин з формальним складом з кількома альтернативними діяннями є закінченим тоді, коли повністю виконане хоча б одне з альтернативних діянь. Так, посягання, передбачене ст.199 КК є закінченим з моменту виконання однієї з семи дій, які входять в об'єктивну сторону цього делікту: 1) виготовлення; 2) зберігання, 3) придбання, 4) перевезення, 5) пересилання, 6) ввезення в України з метою збуту, 7) збут вказаних в диспозиції статті предметів (підробленої національної валюти України, іноземної валюти, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї).

Момент закінчення злочину з усіченим складом

Крім матеріальних і формальних складів злочинів, у теорії кримінального права та на практиці виділяють ще й *усічені* склади злочинів. Він має місце тоді, коли у диспозиції статті Особливої частини як ознака об'єктивної сторони вказується на незакінчене діяння. У літературі відзначається, що законодавець, у залежності від описання діяння у кримінально-правовій нормі, переносить момент його закінчення на більш ранню стадію - готування до злочину чи замаху на нього, як приклад наводиться розбій та бандитизм[[29]](#footnote-29). З такою оцінкою погодитися важко. Адже в усічених складах відповідні стадії вчинення злочину взагалі не можуть мати місце, оскільки вже початок виконання діяння визнається закінченим злочином.

Тому *злочин з усіченим складом вважається закінченим з моменту початку виконання суспільно небезпечного діяння, вказаного у диспозиції статті Особливої частини.*

Вище викладені положення, які стосуються загальних правил про момент закінчення злочинів з матеріальним, формальним, формально-матеріальним та усіченим складом, схематично можна зобразити так:

З кількома альтернативними діяннями

З одним діянням

З кількома обов’язковими діяннями

Злочин з формально-матеріальним складом

Закінчений з моменту або виконання діяння, або настання наслідків

Момент закінчення злочину

Злочин з формальним складом

Закінчений з моменту завершення виконання діяння, передбаченого диспозицією кримінально-правової норми

Злочин з усіченим складом

Закінчений з початку виконання діяння, передбаченого диспозицією кримінально-правової норми

Злочин з матеріальним складом

Закінчений з настанням передбачених диспо-зицією кримінально-правової норми суспільно небезпечних наслідків посягання

З одним наслідком

З кількома альтернативними наслідками

З кількома обов’язковими наслідками

Момент закінчення

Момент закінчення триваючого злочину

Поняття *триваючого* злочину виробила теорія кримінального права, його сприйняла слідчо-прокурорська та судова практика[[30]](#footnote-30). Виділення серед усіх злочинів так званих триваючих грунтується на тому, що їх об'єктивна сторона ніби розтягнута у часі. "Тривалість" таких злочинів утворюється не за рахунок початкового акта поведінки, а за рахунок наступної бездіяльності, яка продовжується до його присічення чи добровільного припинення[[31]](#footnote-31). Весь цей період винний перебуває, як пишуть у літературі, у злочинному стані. До того часу, поки продовжується відповідна злочинна поведінка, щодо такого злочину не починають текти строки давності притягнення до кримінальної відповідальності, не може бути застосоване помилування та амністія.

Досягнувши стадії закінченого злочину, таке посягання юридично є закінченим, а фактично ще продовжує вчинятися, триває протягом певного часу. Типовими прикладами триваючих злочинів є дезертирство, незаконне зберігання зброї тощо.

Поняття триваючого злочину викладене в постанові Пленуму Верховного Суду колишнього СРСР від 4 березня 1929 р. із змінами, внесеними постановою Пленуму №1 від 14 березня 1963 р. "Про умови застосування давності та амністії до триваючих та продовжуваних злочинів". В п.1 цієї постанови вказано, що такого роду злочини характеризуються безперервним виконанням складу певного злочинного діяння. Триваючий злочин розпочинається з якої-небудь злочинної дії (наприклад, при самовільній відлучці) або з акта злочинної бездіяльності (при недонесенні про злочин). Тобто, триваючий злочин можна визначити, як дію або бездіяльність, поєднані з наступним тривалим невиконанням обов'язків, покладених на винного законом під погрозою кримінального переслідування[[32]](#footnote-32). Роз'яснюючи положення, пов'язані з часовими рамками вчинення триваючого злочину, ця постанова вказує, що він починається з моменту вчинення злочинної дії (бездіяльності) і закінчується внаслідок дій самого винного, спрямованих до припинення злочину, або настання подій, що перешкоджають вчиненню злочину (наприклад, втручання органів влади)[[33]](#footnote-33). Далі у вказаній постанові визначається, що амністія застосовується до тих триваючих злочинів, які закінчилися до її видання, строк давності обчислюється з часу їх припинення за волею чи всупереч волі винного.

Разом із тим, ні у цій постанові, ні у літературі спеціально не розглядається питання про те, як має кваліфікуватися триваючий злочин. Видається, що на триваючий злочин повністю поширюється загальне правило: злочин кваліфікується як закінчений (тобто, без посилання на ч. 1 ст.14, ч.2 або 3 ст.15 КК, а лише за статтею Особливої частини) тоді, коли у скоєному є всі ознаки, передбачені диспозицією статті Особливої частини. Оскільки законодавство передбачає триваючі злочини лише з формальним складом, то вони *кваліфікуються як закінчені тоді, коли виконане діяння, яке є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони.* Наприклад, вже саме по собі самовільне залишення счатини або місця сдужби з метою ухилитися від військової служби має кваліфікуватися за відповідною частиною ст.408 КК незалежно від наступної поведінки особи чи дій органів влади.

Момент закінчення продовжуваного злочину

Продовжуваний злочин характерний тим, що вчиняється кілька дій, спрямованих на досягнення єдиної мети. Характерними прикладами продовжуваного злочину є викрадення речі частинами. Даючи поняття і викладаючи свою позицію щодо початку і моменту закінчення продовжуваних злочинів, Пленум Верховного Суду колишнього СРСР у названій вище постанові вказав, що це злочини, що складаються із ряду тотожних злочинних дій, спрямованих до єдиної мети і які складають у сукупності єдиний злочин, вони характеризуються тривалістю злочинної дії; початком продовжуваного злочину належить вважати вчинення першої дії з числа кількох тотожних, що складають один триваючий злочин, а кінцем - момент вчинення останньої злочинної дії[[34]](#footnote-34).

Це роз'яснення потребує принаймні уточнення з ряду положень:

1. Правила щодо моменту закінчення злочинів, які базуються на врахуванні виду складу злочину, повністю поширюються і на продовжувані злочини. Тому важко погодитися, що при визначенні моменту закінчення продовжуваних злочинів треба брати до уваги лише момент вчинення дії - злочини з матеріальним складом злочинів повинні визнаватися закінченими з моменту настання наслідків, передбачених диспозицією статті Особливої частини.

2. Потрібно з'ясувати, що треба вважати "останньою злочинною дією". Адже з постанови не видно, чи це останній за часом вчинення акт поведінки винного, чи дія, при наявності якої має місце закінчений склад відповідного злочину.

3. Слід уточнити момент закінчення продовжуваного злочину тоді, коли він складається з діянь, кожне з яких становить адміністративний проступок чи інше правопорушення, що не є злочином. Відомо, що продовжуваний злочин може складатися з кількох діянь, кожне з яких (саме по собі чи внаслідок заподіяння відповідних наслідків) становить собою адміністративний проступок, інше правопорушення і лише у сукупності становить продовжуваний злочин. Наприклад, якщо винний у три прийоми викрадає костюм, що складається з штанів, вартістю два неоподатковуваних мінімуми доходів громадян, камізельки, яка окремо коштує суму, еквівалентну одному неодатковуваному мінімуму та піджака, ціною у три неоподатковуваних мінімуми, то кожне окреме посягання становить собою дрібне розкрадання - адміністративний проступок. Лише вчинення третього викрадення перетворює таке посягання у злочин.

4. Слід визначити момент закінчення продовжуваного злочину, який складається з кількох посягань, окремі з яких становлять собою злочин, тоді, коли повторення посягань ("накопичення наслідків") веде до зміни кваліфікації. Наприклад, коли чергова крадіжка означає, що загальна вартість викраденого перевищує розмір, достатній для визнання крадіжки такою, яка вчинена у великих чи особливо великих розмірах.

З урахуванням вище викладених зауважень слід розглянути питання про момент закінчення продовжуваного злочину більш конкретно.

***При кваліфікації продовжуваного злочину, який складається з кількох проступків, потрібно виділяти дві ситуації***.

1. Перша має місце тоді, коли закон пов'язує кримінальну відповідальність з вчиненням кількох дій, тобто, коли має місце формальний склад злочину. Такий злочин кваліфікується як закінчений тоді, коли виконана остання з дій, достатніх для визнання посягання злочином - друга при повторності (неодноразовості), третя - при систематичності. Наприклад, неодноразове погане поводження з військовополоненими (ст.434 КК) - складається з кількох посягань, кожне з яких не дає підставу вважати такі дії злочином, вважається закінченим з моменту вчинення принаймні другої дії; систематичне заняття проституцією (ч.1 ст.303 КК) кваліфікується як закінчений злочин, коли воно вчинене втретє. Наступні ж факти вчинення відповідних дій (четвертий, п'ятий і т.д.) не впливають на кваліфікацію, тобто момент закінчення злочину не пов'язується з їх вчиненням.

2. Друга з таких ситуацій полягає у вчиненні посягань з матеріальним складом. Такого роду продовжуваний злочин є закінченим тоді, коли розмір шкоди стає достатнім для визнання посягання, що складається з кількох деліктів злочином. Щодо крадіжки державного або колективного майна тоді, коли вартість викраденого перевищує три неоподатковуваних мінімуми доходів громадян. Отже, викрадення, що складається з десяти епізодів, у кожному з яких винний викрадає державне майно вартістю по десять гривень, кваліфікується як закінчений злочин тоді, коли виконаний шостий епізод.

***Кваліфікуючи продовжуваний злочин, що складається з посягань, кожне з яких може оцінюватися як окремий злочин, також треба розрізняти дві ситуації.***

1. Перша має місце тоді, коли вчинено кількох діянь, спрямованих на досягнення єдиного результату, але сумарні наслідки не перетворюють злочин у кваліфікований. Наприклад, викрадене майно вартістю п'ятсот гривень у п'ять прийомів, щоразу по сто гривень. Такий злочин має кваліфікуватися як закінчений не з моменту вчинення останньої дії - п'ятої крадіжки, а коли завершений вже перший епізод. Інша ситуація має місце тоді, коли з вчиненням одного з посягань, які утворюють продовжуваний злочин, змінюється правова оцінка скоєного. Уявімо ситуацію, аналогічну попередній, але вартість викраденого становить п'ятнадцять тисяч гривень, щоразу викрадається майно вартістю у три тисячі гривень. Тоді після другого епізоду скоєне кваліфікується як закінчене розкрадання у великому розмірі, після четвертого - як закінчене розрадання у особливо великому розмірі.

Момент закінчення продовжуваного злочину

Який складається з посягань, кожне з яких становить злочин

Який складається з посягань, кожне з яких становить адміністративний проступок

Коли виконана остання з дій, необхідних для притягнення до кримінальної відпо

відальності

З моменту закінчення першого ж

епізоду

З моменту, коли є завершене те посягання, з вчиненням якого змінюється вид злочину

Коли заподіяна шкода, достатня для притягнення до кримінальної відповідальності

Вчинення кількох посягань не змінює правову оцінку скоєного

Вчинення кількох посягань змінює правову оцінку скоєного (злочин стає кваліфікованим)

Момент закінчення складеного злочину

Складений злочин - це врахована законодавцем сукупність злочинів - об'єднання в одній нормі двох чи більше посягань, кожне з яких становить собою самостійний злочин. Типовим прикладом такого злочину є посягання, передбаченне ч.2 ст.121 КК - умисне тяжке тілесне ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого. За своєю конструкцією ця норма об'єднує два самостійних посягання:

**ч.2 ст.121 КК = ч.1 ст.121 КК + ст.119 КК.**

"Складатися" можуть різні злочини: умисний з умисним, умисний з необережним, необережний з необережним; злочини з матеріальним складом із злочинами з формальним складом. При цьому, моменти закінчення окремих посягань, які утворюють складений злочин, можуть не співпадати. Через це виникає проблема встановлення моменту закінчення складених злочинів.

Загальне правило, яким керуються при визначенні моменту закінчення злочину, є непорушним - складений злочин, як і будь-який інший, є закінченим тоді, коли у фактично скоєному є всі ознаки посягання, передбачені диспозицією статті Особливої частини. Тобто, *складений злочин кваліфікується як закінчений за умови, що є закінченими всі посягання, що його утворюють.*

**Складений злочин**

Закінчення посягання, яке входить у складений злочин

Закінчення посягання, яке входить у складений злочин

Момент

закінчення

Момент закінчення злочину, вчиненого у співучасті

При кваліфікації злочинів, що вчинені у співучасті, враховується правило, що відповідальність усіх співучасників визначається відповідальністю виконавця злочину. Стосовно визначення моменту закінчення злочинів, вчинених у співучасті, це правило інтерпретується так: *дії кожного із співучасників кваліфікуються як посягання з тією стадією, яку вчинив виконавець злочину.* Тобто, якщо виконавець не вчинив закінчений злочин, то й будь-хто із співучасників - організатор, підмовник, пособник злочину не несуть відповідальності за закінчений злочин, хоча б кожен із них і вчинив всі дії, які він повинен був вчинити як співучасник.

Викликає інтерес питання про кримінально-правову оцінку зворотньої ситуації - коли співучасник не вчинив всі дії, які очікуються від нього але виконавець все одно виконав закінчений злочин. Вирішення цього питанння зводиться до констатації наявності чи відсутності причинового зв'язку між діями такої особи і вчиненням злочину виконавцем. Якщо такий зв'язок існує, то це означає, що і таких часткових дій було достатньо для спільного вчинення злочину, а отже, співучасник повинен нести відповідальність за закінчений злочин (його діяння кваліфікуються з урахуванням положень про форму співучасті, вид співучасника). Коли ж причинного зв'язку немає, то немає спільного вчинення злочину, немає самої співучасті. Поведінка такої особи оцінюється як так звана невдала співучасть, стадія вчинення злочину визначається безвідносно до кваліфікації дій виконавця, про що детальніше йтиме мова нижче.

Додаткові зауваження

Потрібно мати на увазі, що момент закінчення основного і кваліфікованих видів одного і того ж злочину, а також кваліфікованих видів, що виділються за різними кваліфікуючими ознаками складу, може не співпадати. Це буває тоді, коли основний і кваліфіковані склади злочину відрізняються за конструкцією об'єктивної сторони. Наприклад, простий склад розбою має усічений склад, закінченим такий розбій є з моменту нападу. Розбій же, який поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень (ч.4 ст.187 КК) повинен визнаватися закінченим від моменту настання наслідків, з якими пов'язується настання тяжкого тілесного ушкодження.

У літературі момент закінчення окремих видів злочинів звичайно пов'язується з наявністю у скоєному ознак їх об'єктивної сторони. Однак у цілому ряді випадків, правильно встановити момент закінчення злочину можна лише з урахуванням і суб'єктивних ознак посягання. Не визначивши спрямованості умислу, мети і мотивів вчинення дій, важко визначити стадію, на якій була присічена чи перервана злочинна діяльність. Характерна у цьому відношенні одна з кримінальних справ, яка розглядалася судовими органами колишнього Союзу РСР. На заводі мінеральних вод кладівник шляхом заплутування обліку створив надлишок у кілька тисяч пляшок мінеральної води. При спробі вивезти їх за підробленими документами, він був затриманий. За загальним правилом розкрадання предметів, які можуть бути використані, спожиті на місці, на території яка охороняється вважається закінченим, відколи винний отримує таку можливість. Виходячи з цього, дії кладівника і були спочатку кваліфіковані як закінчений злочин. Однак, з урахуванням намірів кладівника, який намагався вивезти викрадене за межі території заводу, а також того, що кілька тисяч пляшок мінеральної води не можуть бути спожиті на теритррії заводу, кваліфікація цього посягання була змінена - винний був засуджений не за закінчене розрадання, а за замах на такий злочин.

Кваліфікація злочину як закінченого

Ознаки закінченого злочину викладені у диспозиції статті Особливої частини КК. Тому *він кваліфікується лише за нормою Особливої частини.*

Кваліфікація злочину як закінченого посягання означає:

1) у скоєному є всі обов'язкові ознаки відповідного складу злочину;

2) діяння, які вчинені до моменту закінчення даного посягання, але в зв'язку з ним, підлягають додатковій (самостійній, окремій) кваліфікації за умови, що вони не охоплюються ознаками даного злочину - коли має місце сукупність злочинів;

3) діяння, вчинені після закінчення злочину, не впливають на кваліфікацію цього посягання, якщо вони не становлять собою іншого злочину;

4) діяння, вчинені після закінчення злочину, підлягають додатковій кваліфікації тоді, коли вони утворюють самостійний злочин.

Конкретизуючи викладені вище положення, можна вказати таке.

Кваліфікація злочину як закінченого означає, що в її ході враховуються всі обов'язкові ознаки (у тому числі кілька діянь, кілька наслідків чи хоча б одної з кожної із альтернативних ознак) складу злочину. Наявність закінченого злочину також означає, що кваліфікацією охоплена вся попередня діяльність, пов'язана з підготовкою до цього злочину чи початком його виконання - тобто діяння, вчинені до моменту закінчення злочину. Разом із тим, якщо у ході попередньої злочинної діяльності виконувалися посягання, що місять ознаки самостійних, не менш небезпечних злочинів, то вони підлягають окремій кваліфікації. Як класичний приклад, звичайно, наводять придбання вогнестрільної зброї, з використанням якої вчиняється умисне вбивство. Саме по собі придбання вогнестрільної зброї у даному випадку становить собою готування до вбивства. Однак ці дії не охоплюються ознаками складу вбивства і тому незалежно від того, яка стадія виконання вбивства має місце, підлягають самостійній кваліфікації.

## 4.2. Кваліфікація готування до злочину

Підстави кримінальної відповідаль-ності за попередню злочинну діяльність

Готування для злочину та замах на злочин характеризуються, зокрема, тим, що при її вчиненні відсутні всі ознаки злочину, передбачені нормою Особливої частини кримінального закону. Найбільш яскраво цю думку виразив А.Н.Трайнін, що замах має місце там, де є всі елементи складу даного злочину, за винятком одного лише - наслідку. Готування - там, де можуть бути відсутні всі елементи складу, за винятком умислу та дії[[35]](#footnote-35).

Це положення потребує певного уточнення. При вчиненні замаху можуть бути відсутніми не лише суспільно небезпечні наслідки, а і завершене діяння. Не виконується повністю діяння при вчиненні замаху на злочини з формальним складом; замах на злочин, об'єктивна сторона якого включає вчинення кількох діянь, має місце тоді, коли виконано лише одне з обов'язкових діянь. Для готування характерним є наявність не лише умислу та дії, а й інших елементів складу злочину - об'єкта та суб'єкта. При так званому замаху на негідний об'єкт відсутній об'єкт посягання, у випадку замаху з негідними засобами відсутні і знаряддя (засоби) вчинення злочину. Але ці ознаки існують принаймні в уяві винного, охоплюються його умислом, що і дозволяє кваліфікувати скоєне як замах, враховуючи спрямованість умислу.

Відсутність ознак складу злочину, які належать до об'єкта та суб'єкта посягання свідчить не про те, що має місце незакінчений злочин, а про відсутність складу злочину взагалі.

Отже, можна констатувати, що готування до злочину і замах на нього характеризуються недорозвинутою об'єктивною стороною. Для готування характерним є повна відсутність дій, які описані у диспозиції статті Особливої частини, а тим більше суспільно небезпечних наслідків; для замаху - відсутність суспільно небезпечних наслідків або (та) неповне чи часткове виконання діяння, яке є ознакою об'єктивної сторони відповідного злочину. Тобто, незакінчений злочин має місце при відсутності всіх обов'язкових ознак складу злочину, описаного у статті Особливої частини.

У зв'язку з цим виникає питання про підстави кримінальної відповідальності за готування до злочину та замах на нього, причому за тією ж нормою Особливої частини, яка передбачає відповідний закінчений злочин. Пануючою у теорії кримінального права та на практикці є думка про те, що підставою кримінальної відповідальності є наявність у посяганні всіх ознак складу злочину. У літературі обгрунтовано стверджується, що принцип караності лише тих дій, які містять в собі склад злочину, зберігає свою силу і у випадках притягнення до кримінальної відповідальності за незакінчену злочинну діяльність[[36]](#footnote-36). Що ж до того, що собою становить такий склад злочину, у теорії кримінального права не досягнуто єдності позицій.

Одну із них свого часу сформулював проф. М.Д.Дурманов, на думку якого існує не лише склад закінченого злочину, а і склад замаху на той же злочин, склад готування до злочину[[37]](#footnote-37). Обгрунтовану критику такої позиції дала Н.Ф.Кузнєцова, яка вказувала, що замах і готування небезпечні не самі собою, а лише у зв'язку з виконанням складу закінченого злочину... Немає готування і замаху як самостійних складів злочинів, а є готування до конкретних злочинів - до вбивства, замах на крадіжку і т.д.[[38]](#footnote-38).

Друга думка, загальноприйнята сьогодні, полягає у тому, що готування і замах становлять собою склад злочину, ознаки якого передбачені як нормою Особливої частини про відповідний закінчений злочин, так і нормою Загальної частини, яка передбачає незакінчений злочин[[39]](#footnote-39). Склад незакінченого злочину містить у собі ознаки відповідного закінченого посягання (крім відповідних ознак об'єктивної сторони), ознаки об'єктивної сторони, яких бракує "заміщуються" ознаками готування до злочину чи замаху на злочин *(які передбачені ч.1 ст.14 або ч.2 чи 3 ст.15 КК 2001 р. – В.Н.)*. Відсутні ознаки об'єктивної сторони доказуються не як такі, що фактично настали, а як ті, що повинні були настати, якщо б їх настанню не перешкодили обставини незалежні від волі особи[[40]](#footnote-40).

Саме тому, що у чинному законодавстві склад готування до злочину і замаху на злочин встановлені нормою Особливої частини та ч.1 ст.14, чи 2, 3 ст.15 КК, при кваліфікації попередньої злочинної діяльності потрібно посилатися і на норму Особливої частини, яка передбачає відповідний закінчений злочин, і на вказані норми Загальної частини КК.

Формула кваліфікації попередньої злочинної діяльності

Формула кваліфікації готування до злочину чи замаху на злочин повинна відповідати таким вимогам:

1) містити посилання на ч. 1 ст.14 або ч.2 чи 3 ст.15 КК. Потрібно підкреслити, що посилатися слід не просто на ст.14 чи ст.15 КК, а й на відповідні частини цих статей, оскільки ознаки, яких бракує, підстави кримінальної відповідальності за окремі стадії попередньої злочинної діяльності різні. Крім того, посилання на відповідні частини ст. 14 або ст.15 КК робить формулу кваліфікації більш інформативною[[41]](#footnote-41);

2) посилання на норму Загальної частини КК має міститися перед вказівкою на норму Особливої частини КК. Завдяки цьому акцентується увага на те, що має місце незакінчений злочин, об'єктивна сторона якого "недорозвинута";

3) містити посилання на відповідну частину, пункт статті Особливої частини КК, які передбачають закінчений злочин,щодо якого мало місце готування чи замах;

4) якщо винному вмінюється вчинення кількох незакінчених злочинів, передбачених кількома статтями Особливої частини, то посилання на відповідні частини ст.14 або стю15 КК має бути перед кожною з статей Особливої частини, причому, незалежно від того, мають місце однакові чи різні стадії вчинення злочину;

5) у формулі кваліфікації попередньої злочинної діяльності розділові знаки повинні бути розставлені так, щоб було видно, до якої статті Особливої частини належить посилання на ч.1 ст.14, ч.2 чи 3 ст.15 КК. Особливо це важливо у випадках вчинення винним кількох злочинів, передбачених різними нормами Особливої частини. оптимальним видається відділяти посилання на статті Загальної і Особливої частини дефісом, посилання ж на окремі статті Особливої частини - крапкою з комою. При цьому формула кваліфікації, наприклад, дій Андрія, який вчинив готування до вмисного вбивства без обтяжуючих обставин та закінчений замах на крадіжку чужого майна з проникненням у житло матиме такий вигляд:

**Андрій: ч.1 ст.14 – ч.1 ст.115; ч.2 ст.15 - ч.3 ст.185 КК України.**

Якщо ж формулу кваліфікації цього посягання записати так, як це нерідко ще зустрічається на практиці:

Андрій: ст.ст.14, 15, ч.2 ст.115, ч.3 ст.185 КК України,

то з неї не видно яка конкретна стадія попередньої злочинної діяльності має місце, який злочин є закінченим, а який ні.

Конструкції кримінальної відповідальності за попередню злочинну діяльність у законодавстві і питання кваліфікації таких посягань

Викладені вище положення щодо кваліфікації попередньої злочинної діяльності стосуються чинного кримінального законодавства України. Воно встановлює кримінальну відповідальність за готування та замах стосовно будь-якого злочину, який вчиняється з прямим умислом, підстави відповідальності закріплює у ст.14, 15 КК та статтях Особливої частини. Порівняно нечасте притягнення до кримінальної відповідальності за готування до злочину пояснюється високою латентністю таких посягань, а також невеликим ступенем їх суспільної небезпеки, внаслідок чого застосовується звільнення від кримінальної відповідальності.

В історії кримінального законодавства, у правових системах зарубіжних держав використовувалися і використовуються й інші конструкції відповідальності за попередню злочинну діяльність, від чого залежить і кваліфікація скоєного. Цілком можливе їх запровадження у кримінальне законодавство України. Тому це питання становить далеко не тільки теоретичний інтерес, воно може переміститися у практичну площину.

Найпоширенішими законодавчими прийомами встановлення відповідальності за готування до злочину та замах на нього є, крім охарактеризованого вище, такі:

1. Відповідальність за готування до злочину, замах на нього настає не за всі злочини, а лише за певні їх категорії, залежно від ступеня тяжкості. Так, Основи кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік, які повинні були вступити в дію з 1 липня 1992 р. передбачали встановлення відповідальності за готування тільки до особливо тяжких злочинів, а замах мав бути караним стосовно особливо тяжких та тяжких злочинів. Встановлення відповідальності за попередню злочинну діяльність лише у цих випадках було передбачене окремою статтею Загальної частини названого акта, який так і не набрав чинності.

Така конструкція кримінальної відповідальності за попередню злочинну діяльність передбачає кваліфікацію скоєного за нормою Загальної частини, яка встановлює караність готування чи замаху та нормою Особливої частини.

2. Відповідальність за готування до злочину, замах на нього настає лише у випадках, прямо передбачених нормою Особливої частини. Тобто, за загальним правилом, попередня злочинна діяльність не визнається злочином, а у тих випадках, коли законодавець вважає за потрібне встановити відповідальність за готування чи замах на злочин, відповідна вказівка типу: "Готуванння до цього злочину є караним", "Замах на цей злочин є караним", "Готування і замах до цього злочину є караними" міститься в окремій частині статті Особливої частини чи у примітці до неї. Відсутність такої прямої вказівки означає, що кримінальна відповідальність за певний вид попередньої злочинної діяльності не настає.

Така конструкція кримінальної відповідальності була у російському дореволюційному законодавстві. Пропонувалася вона й авторами проекту КК, розробленого під керівництвом проф. В.М.Смітієнка. Статтею 30 цього проекту, яка називається "Кваліфікація приготування до караного діяння та замах на нього" передбачено, що "Відповідальність за приготування до караного діяння та замах на нього настає лише у випадках, передбачених відповідними статтями Особливої частини цього Кодексу; вони підлягають кваліфікації за цими ж статтями"[[42]](#footnote-42).

Кваліфікується готування до злочину, замах на нього при такій конструкції за нормою Особливої частини, яка передбачає відповідний закінчений злочин з посилання на частину статті, примітку до неї, де встановлено караність даного виду попередньої злочинної діяльності.

1. Перелік злочинів, готування та замах на які тягне кримінальну відповідальність, встановлюється у спеціальній статті Загальної частини. При цьому, скоєне кваліфікується з посиланням на цю статтю та статтю Особливої частини, яка передбачає відповідний закінчений злочин.

Поняття готування до злочину

Поняття готування до злочину, яке міститься в ч.1 ст.14 КК, недостатньо конкретне. В цій нормі перераховані дії, в яких може полягати готування до злочину (до того ж, перелік не вичерпний), а характерні ознаки цієї стадії вчинення злочину у законодавчому визначенні не названі. Разом із тим, кваліфікація готування до злочину передбачає точне встановлення його ознак.

Аналіз кримінально-правових норм, теоретичних положень, практики дозволяє виділити такі ознаки готування до злочину:

1) виконуються дії, які не описані у диспозиції статті Особливої частини, тобто не входять у об'єктивну сторону даного злочину;

2) винний виконує одну із дій, які названі в ч.1 ст.14 КК як види готування до злочину:

- підшукання засобів чи знарядь вчинення злочину;

- пристосування засобів чи знарядь вчинення злочину;

- підшукування співучасників;

- змова на вчинення злочину;

- усунення перешкод;

- інше умисне створення умов для вчинення злочину.

3) приготувальні дії є завершеними;

4) злочинна діяльність не продовжилася з причин, не залежних від волі винного.

Розглянувши кожну з цих ознак детальніше, можна не лише уточнити поняття готування до злочину, а і показати його відмінність, з одного боку, від виявлення умислу, а з іншого - від замаху на злочин.

Готування до злочину завжди ***виражається у конкретних діяннях***. Як правило, це активна поведінка. Однак було б неправильним заперечувати можливість готуванння, яке полягає в іншому умисному створенні умов для вчинення злочину, шляхом бездіяльності. Наприклад, працівник, ідучи з роботи, не зачиняє вікно для того, щоб вночі проникнути у приміщення і вчинити крадіжку. Готування до злочину відрізняється від виявлення умислу саме тим, що готування - це конкретний акт злочинної поведінки, початок реалізації злочинного умислу, умисел, який знайшов свій зовніщній вираз у діях чи бездіяльності особи.

Водночас, готування до злочину характеризується тим, що ***вчиняються діяння, які не входять у об'єктивну сторону відповідного злочину***, вони не вказані у диспозиції статті Особливої частини як обов'язкова ознака злочину, до якого має місце готування. Перехід до виконання об'єктивної сторони злочину означає, що є більш пізня стадія його вчинення - замах.

Готування не пов'язане з законодавчою характеристикою злочину. Не існує переліку дій, у яких може виражатися готування до конкретного посягання, загальний же перелік таких дій, який міститься в ч.1 ст.14 КК, не вичерпний, оскільки закон говорить про "інше умисне створення умов для вчинення злочину". Таке формулювання дозволяє підвести під поняття "готування" практично будь-яке діяння, яке характеризується відповідними об'єктивними та суб'єктивними ознаками.

Об'єктивні ознаки готування полягають у тому, що відповідна поведінка причинно пов'язана з наступними діяннями винного. Готування - це не будь-яка дія чи бездіяльність, а лише та, яка є етапом на шляху подальшого вчинення злочину. Неправильно вважати, що готування - це лише створення умов для виконання об'єктивної сторони злочину. Готування включає усебе більш широку сферу дій. У літературі здавна відзначається, що приготувальні до злочину дії можуть бути зведені до трьох категорій:

1) підготовка до виконання злочинного діяння (добування засобів, які полегшують виконання або роблять можливим діяння; приведення цих засобів у стан, коли вони придатні для використання з злочинною метою; добування необхідних відомостей; усунення дійсних або гаданих перешкод; приведення об'єкта посягання до такого стану, при якому можливо приступити до виконанння задуманого; поставлення винного у таке становище, коли він може приступити до дії і т.д.);

2) готування до користування плодами злочинного посягання;

3) готування безкарності вчиненого посягання[[43]](#footnote-43).

Зрозуміло, що відповідні дії (насамперед, вказані в п.п.2,3) можуть бути віднесені до готування, якщо вони вчинені до виконання злочинного діяння, яке входить у об'єктивну сторону злочину, причому вчинені з злочинною метою.

Формулювання, яке міститься в ч.1 с.14 КК, дозволяє стверджувати, що скоєне може бути кваліфіковане як готування до злочину лише за умови, що ***приготувальні дії були успішними, закінченими***. Тобто, особа дійсно придбала знаряддя чи засоби вчинення злочину, пристосувала - видозмінила їх так, що вони стали придатні не для побутового, господарського чи іншого використання, а для вчинення злочину, створила умови для цього. З цього приводу М.С.Таганцев писав, що засобом є не рушниця взагалі, а рушниця заряджена і така, яка знаходиться у злочинця при таких умовах, щоб він міг вистрілити в жертву, не миш'як взагалі, а миш'як, підмішаний до їжі, питва і поставлений так, щоб жертва могла його прийняти і т.д [[44]](#footnote-44).

Незавершене готування - "готування до готування" чи "замах на готування" - спроба придбати чи пристосувати знаряддя чи засоби вчинення злочину, спроба створити умови для вчинення злочину, не можуть оцінюватися як перша стадія вчинення злочину. Такі дії у силу їх віддаленості від закінченого посягання, у зв'язку з тим, що вони не становлять реальної загрози об'єкту злочину не становлять суспільної небезпеки і не відносяться чинним законодавством до злочинних.

Нарешті, ознакою готування є те, що ***злочинна діяльність не продовжилася з причин, не залежних від волі винного***. Особа, яка приготувалася до вчинення злочину, не перейшла до виконання об'єктивної сторони вимушено, у зв'язку з наявністю причин, незалежних від її волі - затримання органами влади, поведінка наміченої жертви, посилення охорони об'єкту, запровадження нових бланків документів тощо. Припинення злочинної діяльності за власною волею, незалежно від мотивів, при наявності можливості продовжити посягання і усвідомленні такої можливості свідчить про наявність добровільної відмови від вчинення злочину- обставини, за якої особа, що готувалася до вчинення злочину, не підлягає кримінальній відповідальності.

Загальні правила кваліфікації готування до злочину

Готування до злочину кваліфікується з урахуванням загальних правил кваліфікації попередньої злочинної діяльності, підстав кримінальної відповідальності за неї. Тобто, скоєне кваліфікується за нормою Особливої частини, яка передбачає відповідний закінчений злочин, з посиланням на ч.1 ст.14 КК. При цьому має бути констатована наявність усіх ознак складу відповідного закінченого злочину з урахуванням незавершеності його об'єктивної сторони, а також вчинення діяння, яке відповідає ознакам готування до злочину, які розглядалися спочатку.

Кваліфікація окремих видів готування до злочину

У теорії кримінального права і на практиці виділяється ряд спеціальних питань кваліфікації готування до злочину. Ці питання потребують додаткового розгляду, обгрунтування. Одні з них пов'язані з кваліфікацією злочинів, які вчиняються у співучасті (невдалої співучасті, незавершеної співучасті), інші - мають специфіку у зв'язку з необхідністю враховувати вид умислу (альтернативний, неконкретизований).

Кваліфікація невдалої співучасті у вчиненні злочину

Невдала співучасть має місце тоді, коли, незважаючи на дії окремих співучасників, злочин не вчиняється, чи у ньому не бере участь окрема особа, зокрема:

1) якщо особа, яка повинна була виступати як виконавець (співвиконавець), пособник, організатора злочину не піддалася на вплив підбурювача;

2) якщо гаданий виконавець, співвиконавець, пособник, організатор добровільно відмовився від вчинення злочину;

3) якщо гаданий виконавець (співвиконавець), пособник,організатор злочину не змогли приступити до його виконання з причин, які незалежать від них;

4) якщо пособник вчинив дії після добровільної відмови виконавця, чи після припинення його діяльності на стадії готування до злочину;

5) якщо виконавець не зміг скористатися сприянням пособника, зокрема, тоді, коли таке сприяння виявилося запізнілим (здійснене після вчинення посягання виконавцем чи після припинення його діяльності);

6) якщо виконавець не виконав вказівок організатора злочину.

При невдалій співучасті виникає питання про кримінально-правову оцінку дій всіх учасників, як тих, що не вчинили злочин з власної волі, так і вимушено.

Особа, яка не піддалася на вплив підбурювача, або спочатку погодилася на вчинення певних дій, а згодом добровільно відмовилася від продовження посягання не підлягає кримінальній відповідальності за злочин, у вчинення якого її втягували.

Складнішою є справа з оцінкою дій того, хто безуспішно виступав у ролі підбурювача - невдалого підбурювача. З чинного КК випливає, що в таких випадках співучасть у вчиненні злочину відсутня. У ч.4 ст.27 КК вказано, що підбурювачем визнається особа, яка **схилила** до вчинення злочину (а не **схиляла**). Разом із тим, підшукування співучасників, вплив на них потрібно вважати умисним створенням умов для вчинення злочину - тобто, однією з приготувальних дій, про які йде мова у ч.1 ст.14 КК. Кваліфікація дій невдалого підбурювача (як і невдалого організатора) як готування до злочину не викликає сумніву тоді, коли його дії були успішними на певному етапі, тобто, за умови, що гаданий виконавець спочатку погодився на вчинення злочину. У такому випадку є підстави вважати, що умови для вчинення злочину були вже **створені,** дальшого розвитку злочин не отримав з причин, незалежних від волі винного.

Інша, як видається, ситуація має місце тоді, коли гаданий співучасник одразу відмовився від участі в злочині. Тобто, невдалість співучасті виявилася вже у момент вчинення дій підбурювачем. У цих випадках умови для вчинення злочину ще не створені, вони лише **створюються.** Тому, такі дії немає підстав вважати готуванням до злочину, вони охоплюються поняттям *виявлення умислу*, що не тягне кримінальної відповідальності.

Аналогічні підходи мають застосовуватися і при кваліфікації інших випадків невдалої співучасті у вчиненні злочину. Зокрема, пособник, який не зміг надати сприяння виконавцю, чи вчинив все, що від нього очікується, але виконавець цим не скористався, не виконує об'єктивної сторони злочину, а лише умисно створює умови для його вчинення, тобто, вчиняє готування до злочину. Гаданий виконавець, який не зміг приступити до виконання об'єктивної сторони не у зв'язку з добровільною відмовою, також зупиняється лише на стадії готування до злочину.

Кваліфікація досягнення змови на вчинення злочину

Досягнення змови на вчинення злочину без скоєння подальших дій кваліфікується з урахуванням конструкції кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за даний злочин. При цьому можна виділити кілька ситуацій:

1) норма Особливої частини встановлює відповідальність за певну поведінку осіб, які змовилися (наприклад, вчинення крадіжки за попередньою змовою групою осіб). *Досягнення самої лише змови про спільне вчинення злочину особами без подальших дій (до початку виконання об'єктивної сторони посягання) кваліфікується як готування до злочину, причому скоєне кваліфікується за ч.1 ст.14 та нормою Особливої частини, яка передбачає відповідальність за злочин, вчинений за попередньою змовою групою осіб;*

2) норма Особливої частини передбачає відповідальність за вчинення злочину групою осіб, причому, незалежно від наявності чи відсутності попередньої змови (наприклад, вчинення згвалтування групою осіб - ч.3 ст.152 КК). *Досягнення змови на спільне вчинення такого злочину кваліфікується як готування до злочину - за ч.1 ст.14 та нормою Особливої частини, яка передбачає відповідальність за груповий злочин;*

3) норма Особливої частини спеціально не передбачає відповідальність за дії, вчинені групою осіб, тобто кваліфікація закінченого злочину не залежить від того, вчинено посягання однією особою чи групою осіб. *Досягнення змови на спільне вчинення цього посягання кваліфікується як готування до злочину;*

4) норма Особливої частини встановлює відповідальність за саме досягнення змови про спільне вчинення певних подальших дій (не за дії осіб, які змовилися, а за змову для дії). Таке посягання передбачене, наприклад, ч.1 ст.109 КК: "Дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, **а так само змова про вчинення таких дій".** *Саме досягнення змови у таких випадках кваліфікується як закінчений злочин.*

При кваліфікації досягнення змови на вчинення злочину потрібно враховувати і роль, яку повинні відігравати у наступному посягання учасники змови. Розглянуті випадки стосуються кваліфікації змови між особами, які повинні виступати у ролі виконавців злочину. Досягнення змови між виконавцями є умисним створенням умов для вчинення злочину, підготовкою до виконанням злочинного діяння. Такі дії виходять за межі виявлення умислу, оскільки тут намір вчинити злочин виразився у відповідній поведінці, винні здійснюють кроки, спрямовані на реалізацію свого умислу.

Кваліфікація отримання згоди на участь у злочині

Таку ж кримінально-правову оцінку повинні отримати випадки отримання підбурювапчем чи організатором злочину згоди на участь у злочині від осіб, які повинні виступати як пособники чи виконавці. *Саме отримання згоди свідчить, що підбурювальна чи організаторська діяльність розпочалася, виразилася у конкретних діях, а скоєне кваліфікується як готування до злочину.*

Кримінально-правова оцінка давання згоди на участь у вчиненні злочину

Видається, що інша ситуація має місце тоді, коли внаслідок дій підбурювача особа, яка повинна виступати як виконавець чи пособник злочину дає згоду на участь у його вчиненні. Сама згода на участь у злочині, яка не підкріплена іншими активними діями, свідчить лише про виявлення умислу вчинити злочин. Тому *такі дії не можуть бути визнані як перша стадія вчинення злочину і, відповідно, не повинні кваліфікуватися як готування до злочину.*

Кваліфікація створення злочинної організації, вступу до такої організації

Статті Особливої частини КК, які перебачають відповідальність за створення злочинних організацій, участь у таких організаціях (ст.ст. 255, 257, ст.260 КК) сформульовані так, що навіть початок організаторських дій - підшукання учасників організації, розроблення планів її діяльності, матеріальне чи інше забезпечення функціонування організації оцінюються як не готування, а становлять собою закінчений злочин. *Тому дії по створенню злочинних організацій кваліфікуються як закінчений злочин навіть тоді, коли вони не привели до виникнення такої організації.* Стосовно таких злочинів стадія готування практично неможлива. Інше описання у законі посягання, передбаченого ст.109 КК, зумовлює й інший підхід до визначення моменту його закінчення. Змова з метою насильницького повалення чи зміни конституційного ладу або захоплення державної влади є закінченою тоді, коли досягнута відповідна домовленість хоча б двох осіб. Підшукання учасників для відповідних дій кваліфікується як готування до злочину, передбаченого ч.1 ст.109 КК.

Участь у злочинній організації є закінченим злочином з моменту вступу до неї. Особа вважається її учасником відтоді, відколи інші учасники виразили згоду на її прийняття до своєї спілки.

Кваліфікація готування до злочину з негідними засобами

У теорії кримінального права як один із видів замаху виділяють замах з негідними засобами. Він має місце тоді, коли злочин не доведений до кінця у зв'язку з використанням знарядь і засобів вчинення злочину, якими об'єктивно неможливо заподіяти шкоду (наприклад, постріл холостим патроном, давання як отрути нешкідливої речовини). Однак, такі діяння можуть перерватися і на стадії готування до злочину, коли відбувається підшукання або пристосовання негідних знарядь чи засобів вчинення злочину.

Негідні знаряддя та засоби вчинення злочину, з якими можуть вчинятися дії у ході готування, можуть поділятися на види з урахуванням ступеня їх шкідливості, придатності для заподіяння шкоди. Відповідно можуть бути виділені і окремі види такого готування, кваліфікація кожного з яких має свою специфіку:

1) готування з недостатніми засобами;

2) готування з відсутніми засобами;

3) готування з непридатними засобами.

Перший з вказаних видів негідного готування ***(готування з недостатніми засобами)*** полягає у підшукуванні або пристосуванні засобів чи знарядь вчинення злочину, які за своїми властивостями здатні заподіяти шкоду, але у даному випадку їх кількість, якісні характеристики не дозволили б цього зробити, навіть при продовженні злочинної діяльності. Це, наприклад, придбання отруйної речовини у кількості, споживання якої потерпілим не приведе до його смерті, виготовлення вибухового пристрою потужністю, недостатньою для того, щоб спричинити шкоду, яка планується тощо. Для такого готування характерними є наявність як суб'єктивних, так і об'єктивних ознак - відповідна спрямованість умислу ("злочинна воля", як про це писали у старій літературі); дії, в яких виражається готування до злочину. Кримінальна відповідальність за готування з недостатніми засобами настає незалежно від того, чи винний сам обрав такі засоби - не знаючи про іх нешкідливий характер, чи недостатність засобів виявилася незалежно від його волі. *Готування з недостатніми засобами кваліфікується за ч.1 ст.14 КК та статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за злочин, який був би виконаний при "достатності" засобів.*

***Готування з відсутніми засобами*** полягає в відповідних діях стосовно предметів, які у даний час, у даній обстановці не мають шкідливих, вражаючих властивостей. Це, наприклад, придбання зіпсованої рушниці, вивчення шляхів підходу до каси, в якій вже не зберігаються гроші і т.п. Негідним готування буде лише тоді, коли винний помилявся шодо властивостей обраних засобів, вважав їх придатними. *Таке готування кваліфікується за ч.1ст.14 КК та нормою Особливої частини, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин, який міг би бути вчинений при наявності відповідних засобів його вчинення.*

Якщо ж особа знала, що у нинішньому стані знаряддя чи засоби не здатні заподіяти шкоду, і тим не менше вчиняла певні дії, плануючи у майбутньому довести їх до належного стану ***(“готування з непридатними засобами”)***, то їх не можна вважати готуванням і відповідно кваліфікувати скоєне. З викладеного вище поняття готування випливає, що знаряддями чи засобами вчинення злочину потрібно вважати предмети, об'єктивно придатні для заподіяння шкоди. Дії щодо предметів, які тільки у майбутньому, після відповідного дороблення можуть використовуватися при виконанні об'єктивної сторони злочину є лише "готуванням до готування", яке не тягне кримінальну відповідальність. Разом із тим, якщо у ході готування до злочину виконуються дії, які самі собою становлять самостійний злочин, то діяння, які розглядаються повинні кваліфікуватися як готування до цього злочину. Пояснимо сказане на прикладі. Допустимо, що особа, реалізуючи свій умисел на вбивство придбала завідомо несправний пістолет, розраховуючи його відремонтувати і використати у ході позбавлення життя потерпілого. Такі дії становлять собою готування до виготовлення чи ремонту вогнепальної зброї і повинні кваліфікуватися за ч.1 ст.14- ч.1 ст.263 КК України. Якщо ж пістолет буде приведений у придатний для стріляння стан, то скоєне підлягає кваліфікації за ч.1 ст.263 та ч.1 ст.14- ч.1 (або відповідними пунктами ч.2) ст.115 КК.

Нарешті, готування з непридатними засобами передбачає підшукання чи пристосування засобів вчинення злочину, які ніколи і ні за будь-яких умов не здатні заподіяти шкоду. Лише внаслідок крайнього невігластва особа вважає, що обрані нею засоби є шкідливими. Це, наприклад, застосування ворожіння, інших забобон. У теорії кримінального права віддавна вважається, що у такому випадку воля винного втрачає свій небезпечний характер, не становить загрози для суспільства. *А тому відповідні дії не повинні кваліфікуатися як готування до злочину, вони не є суспільно небезпечними.*

Кваліфікація готування до злочину, що становить собою інший закінчений злочин

У ході готування до злочину можуть вчинятися дії, які становлять собою інший закінчений злочин. Типовим прикладом цього є придбання для вчинення злочину предметів чи речовин, за придбання чи зберігання яких встановлена кримінальна відповідальність - зброї, вибухових речовин, наркотичних засобів тощо. Якщо є різні стадії одного і того ж злочину, то скоєне кваліфікується за найпізнішою стадією. У випадку, який розглядався, все посягання кваліфікується за сукупністю - як готування до відповідного злочину та як закінчений злочин.

Кваліфікація готування до злочину при альтер-нативному умислі

Альтернативний умисел має місце тоді, коли винний передбачає заподіяння шкоди або одному, або іншому об'єкту - тобто, передбачає настання або одного або іншого суспільно небезпечного наслідку, але при цьому бажає настання будь-якого наслідку. У теорії кримінального права і на практиці однозначно вирішується питання щодо кваліфікації закінченого злочину, що вчиняється з альтернативним умислом - скоєне кваліфікується "за фактичним результатом" - за нормою, яка передбачає відповідальність за злочин, який фактично виконаний.

Це правило не може застосовуватися до кваліфікації готування з альтернативним умислом, оскільки, на стадії готування неможливо визначити об'єкт, проти якого буде спрямоване посягання. Наприклад, винний готує вибуховий пристрій, який буде приведений у дію під час зустрічі офіційної делегації з представниками іноземної держави. При цьому, він не знає порядок розташування учасників зустрічі, а тому й не передбачає, кому саме буде заподіяна шкода - державному діячеві України, представникові іноземної держави, особі з числа обслуговуючого персоналу. Однак, бажає заподіяння смерті будь-кому з присутніх, переслідуючи при цьому відповідну мету - вчинення чи то посягання на життя державного діяча (ст.112 КК), чи то посягання на представника іноземної держави (ст.443 КК), чи то вбивства у зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку (п.8 ч.2 ст.115 КК).

У теорії кримінального права питання про кваліфікацію готування з альтернативним умислом практично не поставлене[[45]](#footnote-45), не розв'язане воно на практикці, не вирішене у законодавстві - як і інші проблеми кваліфікації злочинів. Проблема кваліфікації такого посягання особливо гостра тоді, коли альтернативним умислом охоплюються злочини, які становлять різну суспільну небезпеку, бо залежно від тієї чи іншої кваліфікації змінюються її правові наслідки. Суть цієї проблеми полягає в тому, яка норма Особливої частини має вмінятися - у готуванні до якого з злочинів, що охоплюються альтернативним умислом, має бути звинувачена особа.

Теоретично можливі такі варіанти кваліфікації готування з альтернативним умислом:

1) за ч.1 ст.14 КК та усіма нормами Особливої частини, які передбачають злочини, що охоплюються умислом особи, тобто, як готування до всіх тих злочинів, один із яких міг бути вчинений винним;

2) за ч.1 ст.14 КК та нормою Особливої частини, яка передбачає відповідальність за найтяжчий із злочинів, що охоплюються умислом винного;

3) за ч.1 ст.14 КК та нормою Особливої частини, яка передбачає відповідальність за найменш небезпечний із злочинів, що охоплюються умислом винного.

Очевидно, що з усіх можливих варіантів кваліфікації готування до злочину з альтернативним умислом має бути обгрунтованим застосування якогось одного.

Перший із вказаних варіантів кваліфікації видається неприйнятним, оскільки означає штучне конструювання наявності множинності злочинів, хоча наспраді винний готується до вчинення лише одного посягання. Множинність злочинів є тоді, коли виконується об'єктивна сторона двох чи більше злочинів, передбачених самостійними нормами Особливої частини. Для злочину з альтернативним умислом характерним є фактичне виконання об'єктивної сторони лише одного злочину, і лише суб'єктивна сторона є "широкою" - нею охоплюються ознаки кількох посягань. Отже, скоєне не може кваліфікуватися як готування до вчинення кількох злочинів, оскільки одні і ті ж ознаки об'єктивної сторони готування повинні були б враховуватися при кваліфікації двічі, що суперечить принципу *non bis in idem*.

При виборі між другим і третім варіантами - кваліфікацією за нормою Особливої частини про найтяжчий, чи навпаки, про найменш небезпчний із злочинів, що охоплюються альтернативним умислом, важливо враховувати наступні міркування. На стадії готування немає можливості встановити, який саме злочин був би виконаний при продовженні злочинної діяльності. Ступінь загрози й одному, й іншому об'єкту при такому готуванні є однаковим. Про наявність альтернативного умислу, як правило, можна судити лише з показів самого винного, який, залежно від конкретних обставин свого затримання, ходу розслідування може визнати, а може і не визнати наявність умислу на вчинення більш тяжкого злочину, що охоплюються альтернативним умислом. Обвинуваченому у такому готуванні нічого не перешкоджає змінити покази і на певній стадії процесу перейти до ствердження того, що він мав умисел не альтернативний, а конкретизований - готувався до менш тяжкого злочину. Отже, притягнення до кримінальної відповідальності за готування до більш тяжкого злочину залежить не від об'єктивних факторів, а від показів винного, ступеня його юридичної освідомленості, навіть зухвалості та хитрості, проявлених у ході розслідування та судового розгляду справи.

у чинному законодавстві, як вже відзначалося, немає жодних вказівок з приводу кваліфікації скоєного при готуванні з альтернативним умислом. Існує правова невизначеність, сумніви щодо застосування тієї чи іншої правової норми. Тому, видається, має застосовуватися загальне правило, відповідно до якого всі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого - *готування до злочину при альтернативному умислі повинно кваліфікуватися за ч.1 ст.17 та нормою Особливої частини, яка передбачає найменш небезпечний із злочинів, що охоплюються альтернативним умислом.*

Кваліфікація готування до злочину при неконкретизо-ваному умислі

Для неконкретизованого умислу характерним є те, що винний точно не знає об'єму наслідків, які повинні настати в результаті злочинного посягання. Характер передбачення при готуванні з неконкретизованим умислом нагадує передбачення при злочинній самовпевненності, оскільки особа передбачає лише можливість настання наслідків. Однак, можливість тут стосується не самого факту настання наслідків, а їх розміру. Для злочину з неконкретизованим умислом характерним є те, що винний точно, достовірно знає про настання якихось наслідків своєї дії або бездіяльності, однак не знає лише, якими вони будуть - який об'єкт буде порушений (наприклад, життя потерпілого чи лише його здоров'я), у якому розмірі буде заподіяна шкода.

Проблема кваліфікації готування до злочину з неконкретизованим умислом виникає тоді, коли кримінальна відповідальність диференційована залежно від розміру заподіяної шкоди. Отже, від цього залежить кваліфікація посягання за тією чи іншою нормою Особливої частини. Стосовно кваліфікації закінченого злочину, який вчиняється з неконкретизованим умислом, діє загальновизнане правило - вмінюється норма про фактично виконаний злочин. Наприклад, якщо злодій зламує сейф, не знаючи, скільки грошей у ньому знаходиться, розраховуючи викрасти все, що є у ньому і реалізує свій намір, то скоєне залежно від фактичної шкоди може, кваліфікуватися як і дрібна, і значна, і вчинена у великому розмірі, і особливо великому розмірі крадіжка. Однак, це правило (як і аналогічне щодо кваліфікації посягання з альтернативним умислом) не може застосовуватися у випадку готування до злочину, оскільки на цій стадії винний не знає, яка шкода буде заподіяна.

Можливих варіантів кваліфікації готування з неконкретизованим умислом є принаймні, стільки ж, скільки видів злочину, диференційованих залежно, від розміру шкоди, встановлює законодавство. Таке готування може кваліфікуватися так:

1) за ч.1 ст.14 та нормою Особливої частини, яка передбачає злочин, що був би виконаний при доведенні посягання до кінця (стосовно розглянутого вище гіпотетичного випадку - залежно від кількості грошей, які фактично знаходилися у сейфі, відмичку до якого виготовив винний);

2) за ч.1 ст.14 та нормою Особливої частини, яка передбачає найтяжчий із злочинів, що охоплюються неконкретизованим умислом (у описаній ситуації - готування до крадіжки в особливо великих розмірах);

3) за ч.1 ст.14 та нормою Особливої частини, яка передбачає найменш небезпечний із злочинів, що охоплюються неконкретизованим умислом (тобто, як готування до дрібного розкрадання);

4) за ч.1 ст.17 та будь-якою з інших статей Особливої частини, що передбачають злочини, що охоплюються неконкретизованим умислом (тобто, як готування до кравдіжки у значних чи великих розмірах).

Оцінюючи перший з можливих варіантів кваліфікації, треба звернути увагу на те, що у ньому відповідальність визначається обставинами, які охоплюються виною особи лише у загальних, родових рисах, фактично пріоритет віддається об'єктивним обставинам справи. Крім того, розмір наслідків, які могли б настати, ніяк не залежить від винного, його активності, зусиль. Неважко уявити і ситуацію, коли винний заявить, що і при можливості заподіяти більшу шкоду, він би обмежився меншою (взяв би не всю наявну в сейфі суму, а лише її частину). Сумнівно, що при наявності лише готування до злочину такі твердження обвинуваченого можна спростувати. Необхідно мати на увазі, що оцінити наслідки, які настануть за умови, що готування дійде до стадії закінченого злочину, можливе стосовно не всіх посягань, наприклад важко вказати, які наслідки будуть заподіяні палицею, яку підшуковують для побиття потерпілого. Тому, перший із вказаних варіантів кваліфікації готування з неконкретизованим умислом видається явно неприйнятним.

Інші з наведених варіантів мають оцінюватисяз тих же засад, що і готування при альтернативному умислі. Виходячи з викладеного вище, можна запропонувати таке правило: *готування до злочину з неконкретизованим умислом кваліфікується за ч.1 ст.14 та нормою Особливої частини, що передбачає відповідальність за найменш небезпечний із злочинів, що охоплюються неконкретизованим умислом.*

## 4.3. Кваліфікація замаху на злочин

Поняття замаху на злочин

Поняття замаху на злочин міститься в ч.1 ст.15 КК. Як і поняття готування до злочину, воно потребує конкретизації шляхом виділення та аналізу ознак цієї стадії вчинення злочину. Вони полягають у наступному:

1) виконуються дії, які безпосередньо спрямовані на вчинення злочину. Це означає, що у ході замаху вчиняється діяння, яке описане у диспозиції статті Особливої частини, яке входить у об'єктивну сторону злочину. За цією ознакою, насамперед, проводиться розмежування між готуванням до злочину та замахом на той же злочин - готування, як вже відзначалося, полягає у вчиненні дій, які не описані у диспозиції статті Особливої частини;

2) об'єктивна сторона злочину не завершується - не настають наслідки, або ж навіть діяння не доводиться до кінця. У цій ознаці полягає відмінність замаху на злочин від закінченого злочину, який характеризується об'єктивною стороною, яка повністю виконується;

3) злочин не доводиться до кінця з причин, що не залежали від волі винного. Тобто, посягання переривається вимушено, всупереч бажанню того, хто посягає. Саме цим замах відрізняється від добровільної відмови, при якій також має місце незавершеність об'єктивної сторони посягання, але воно припиняється відповідно до волевиявлення особи.

Загальні правила кваліфікації замаху на злочин

Замах на злочин кваліфікується за ч.2 або ч.3 ст.15 КК та нормою Особливої частини, яка передбачає відповідний закінчений злочин. При цьому потрібно встановити наявність усіх ознак складу закінченого злочину з урахуванням незавершеності об'єктивної сторони - відсутності суспільно-небезпечних наслідків або закінченого діяння у матеріальних складах злочинів; незавершеності діяння у формальних складах злочинів. Якщо замаху передували дії, у яких полягає готування до цього ж злочину, то все скоєне кваліфікується лише як замах на злочин, оскільки, як вже відзначалося, кожна наступна стадія "поглинає" собою попередні стадії посягання.

Злочини, при вчиненні яких замах неможливий

Вище відзначалося, що готування можливе стосовно будь-якого злочину, що вчиняється з прямим умислом. Це правило не поширюється на замах - є ряд посягань, при вчиненні яких відповідальність за замах не настає. Такі злочини у зв'язку з особливостями конструкції їх складу взагалі не можуть мати стадії замаху - відповідні діяння винних або не є кримінально караними, або ж становлять собою закінчений злочин, деякі з них вчиняються лише з непрямим умислом.

До деліктів, стосовно яких замах неможливий, насамперед, належить ***заподіяння шкоди при перевищенні меж необхідної оборони*** (ст.ст.118 та 124 КК). Доведення гіпотези про те, що при вчиненні вказаних посягань неможлива стадія замаху, полягає в обгрунтуванні двох положень:

1) про те, що перевищення меж необхідної оборони не може вчинятися з прямим умислом;

2) що замах неможливий у зв'язку з особливостями конструкції відповідних кримінально-правових норм.

У теорії кримінального права та у правозастосовній практиці на сьогодні домінуючою є позиція про те, що вбивство при перевищенні меж необхідної оборони та заподіяння тяжкого тілесного ушкодження при перевищенні меж необхідної оборони є умисними злочинами. В відповідних статтях КК 2001 р. щодо форми вини є пряма вказівка. Стосовно ж виду умислу єдності позицій далеко не досягнуто. Одна з висунутих у літературі точок зору полягає у визнанні того, що вказані злочини вчиняються з прямим умислом. Обгрунтовуючи її, Ю.В.Баулін вказує, що заподіяння тяжкої шкоди є найближчою метою захисних дій, яка виступає засобом досягнення проміжної мети - припинити чи попередити посягання - і тим самим кінцевої мети - захистити правоохоронювані інтереси[[46]](#footnote-46). Інша думка зводиться до того, що для злочинів, які вчиняються при перевищенні меж необхідної оборони, характерний не прямий, а евентуальний умисел. Її прихильники виходять з того, що при таких посяганнях винний діє з метою захисту інтересів чи прав своїх власних, або іншої особи, інтересів суспільства або держави, а не з меиою заподіяння шкоди тому, хто нападає[[47]](#footnote-47). Відсутність мети заподіяння шкоди тому, хто посягає водночас означає, що такої шкоди винний не бажає, а лише свідомо допускає. З цього випливає, що при перевищенні меж необхідної оборони вина полягає не у прямому, а в евентуальному умислі.

Оцінюючи ці думки, необхідно відзначити наступне. Навряд чи можна однозначно визначити початкову і кінцеву мету дій особи, яка заподіює шкоду при захисті від суспільно-небезпечного посягання. Ситуації необхідної оборони надто різноманітні, і у певних випадках той, хто обороняється, діє, насамперед, з метою захистити особисті, громадські чи державні інтереси, а в інших випадках першочерговою метою є спричинення шкоди тому, хто нападає. Однак, видається, що при оцінці того, який є вид вини при вчиненні певного злочину, потрібно звертати увагу не на проміжні, а на кінцеві цілі. Проміжна мета може мати кримінально-правове значення лише тоді, коли вчинення певних дій, які є складовою злочину, саме по собі становить самостійне кримінально-каране посягання. Виходячи з цього, можна говорити, що обгрунтованішою є друга з наведених позицій.

Відомо, що при вчиненні посягання з непрямим умислом, винному інкримінуються лише наслідки, які фактично настали. Це у повній мірі поширюється на заподіяння шкоди при перевищенні меж необхідної оборони. Такий висновок випливає, насамперед з поняття необхідної оборони, викладеного у ч.1 ст. 36 КК, та з поняття перевищення меж необхідної оборони, наведеного у ч.3 ст.36 КК. Необхідна оборона полягає в заподіянні тому, хто посягає шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання; перевищення меж необхідної оборони - у заподіянні тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Якщо шкода відсутня - то немає і необхідної оборони, не може наставати і відповідальність за перевищення її меж. У літературі обгрунтовано відзначається, що застосування при захисті знарядь і засобів, які могли заподіяти, але не заподіяли шкоду, що явно не відповідає характеру і небезпеці посягання (промах при пострілі з рушниці в злодія) не може оцінюватися як замах на злочин з перевищенням меж необхідної оборони, оскільки не було самого акта необхідної оборони[[48]](#footnote-48).

Висновок про те, що на злочини, які полягають у перевищенні меж необхідної оборони неможливий замах, підтверджується й аналізом практики, в якій не зустрічається випадків притягнення до кримінальної відповідальності за замах на злочини, передбачені ст.ст.118 та 124 КК. Це стосується і тих випадків, коли при захисті фактично заподіяна менша шкода, ніж та, яка повинна була б настати з урахуванням характеру дій особи, що оборонялася. Так, якщо при перевищенні меж необхідної оборони настала не смерть того, хто посягає, а тяжкі тілесні ушкодження, то скоєне кваліфікують за ст.124 КК, якщо ж заподіяні середньої тяжкості чи легкі тілесні ушкодження - то констатується, що оборона була у межах необхідної.

***Неможливий замах і щодо злочинів, які вчиняються у стані сильного душевного хвилювання*** - ст.ст.116 та 123 КК. Вчиняючи таке посягання, особа прагне розправитися з тим, хто застосував протизаконне насильство, систематично знущався або вчинив тяжку образу. При цьому відбувається звуження сфери свідомості, зменшується можливість керувати своєю поведінкою. Внаслідок цього особа, вчиняючи дії у стані сильного душевного хвилювання (психологічного афекту), не може точно передбачати наслідки своєї поведінки, і не бажає якихось певних наслідків, не діє цілеспряммовано. Тому злочини, передбачені ст.ст.116 та 123 КК, вчиняються з непрямим умислом, а, отже, і не можуть мати стадію замаху. Відповідальність при вчиненні посягань у стані сильного душевного хвилювання настає не за бажану (як це має місце при замаху) а за фактично заподіяну шкоду[[49]](#footnote-49).

Також ***неможливий замах на ті злочини з формальним складом, об'єктивна сторона яких включає лише одну обов'язкову дію або бездіяльність***. Якщо така дія ще не почала виконуватися - то вчиняється лише готування до злочину, коли ж вона виконана - має місце закінчений злочин.

У теорії кримінального права неодноразово висловлювалася позиція, згідно з якою замах неможливий стосовно злочинів, об'єктивна сторона яких охоплює не лише настання певних наслідків, але і можливість їх заподіяння. В її обгрунтування стверджується, що у таких випадках замах на злочин ніби містить у собі склад закінченого злочину[[50]](#footnote-50).

Неоднозначно вирішується у літературі ***питання про можливість замаху на злочини, які вчиняються шляхом бездіяльності***. Обгрунтовуючи думку про те, що замах на злочини, об'єктивна сторона яких включає лише бездіяльність (безвідносно до наслідків, які нею викликаються), М.С.Таганцев свого часу вказував, що у таких посяганнях злочинність бездіяльності залежить від настанння певних умов, найчастіше певного моменту часу; тому вся діяльність особи, яка передує цьому моменту, видається байдужою, а з настанням цього моменту виконується повний склад злочину[[51]](#footnote-51). Інша точка зору полягає у тому, що замах можливий і стосовно таких злочинів, однак у злочині, який виконується шляхом бездіяльності, замах виражається знову ж таки лише у дії[[52]](#footnote-52). Остання позиція видається більш переконливою. На її обгрунтування можна навести такі міркування. Відомо, що злочинна бездіяльність - це не взагалі пасивна поведінка, а невиконання конкретної дії, яку особа повинна і може вчинити. В об'єктивну сторону злочину, який виконується шляхом бездіяльності входить і ця активна поведінка - дія. Без встановлення того, виконувала чи не виконувала особа відповідну дію, неможливо встановити і те, чи має місце злочинна бездіяльність - невиконання покладеного обов'язку.З моментом невиконання обов'язку - бездіяльністю - пов'язується не сам факт наявності чи відсутності об'єктивної сторони злочину, а момент його закінчення. Тому видається помилковою теза про те, що вся діяльність особи до моменту, коли вона зобов'язана була діяти, є з точки зору кримінального права, байдужою. Вчинення дії, спрямованої на те, щоб ухилитися від очікуваної поведінки, є реалізацією злочинного наміру і початком виконання об'єктивної сторони певного злочину. Це, тим більш очевидно, стосовно посягань, які виражаються в ухиленні від виконання покладеного обов'язку, коли акту бездіяльності неодмінно передує певна активна поведінка. Для ілюстрації того, що при вчиненні злочинів, які полягають у бездіяльності, можливий замах, може бути наведений хоча б такий приклад. Військовослужбовець строкової служби Д., отримавши відпустку тривалістю 10 діб, не своєчасно повернувся до військової частини, разом з приятелями в останній день відпустки поїхав на базу відпочинку, маючи намір пробути там ще тиждень. Однак там його виявив командир підрозділу, і, оскільки Д. добровільно повернутися до місця служби відмовився, він був затриманий військовим патрулем. Видається, що в описаному випадку є замах на вчинення злочину, передбаченого ч.1 ст.407 КК. Навряд чи можна вважати, що поведінка Д. до моменту, коли він повинен був з'явитися на службу, є нейтральною (байдужою) у кримінально-правовому розумінні. Адже Д. своїми вчинками продемонстрував, що має намір не з'явитися на службу у призначений строк і виконав конкретні дії, спрямовані на те, щоб реалізувати умисел. Такі дії виходять за межі готування до злочину, оскільки має місце не створення умов для наступного виконання посягання, а початок його виконання.

Види замаху на злочин і питання кваліфікації

Кримінальний закон поділяє замах на злочин на окремі види за ступенем реалізації злочинного умислу – закінчений і незакінчений. У теорії кримінального права і на практиці прийнято класифікувати замах принаймні ще й за іншою підставою з урахуванням причин залежно від яких злочин не було доведено до кінця - замах “негідний” та "гідний").

У кінцевому, підсумку вид замаху не впливає на кваліфікацію посягання як саме цієї стадії вчинення злочину. Однак, у ряді випадків виникає питання про те, яка норма Особливої частини повинна вмінятися, тобто, замах на який злочин має місце. Тому питання про кваліфікацію окремих видів замаху потребує свого розгляду і обгрунтування.

Кваліфікація закінченого та незакінченого замаху

Чинний КК, на відміну від раніше діючого кримінального законодавства України виділяє види замаху. В зв’язку з цим виникає питання, чи слід відображати у формулі кваліфікації замах якого саме виду має місце в конкретному випадку. Аругменти на користь того, що при кваліфікації готування або замаху потрібно вказувати на ч.2 або ч.3 ст.15 КК, наводилися Ю.В.Бауліним. На його думку посилатися у формулі кваліфікації на відповідну частину ст.15 КК необхідно, оскільки, це:

1) дає можливість чітко вказати, у вчиненні якого саме посягання обвинувачується особа, забезпечує ясність обвинувачення;

2) пов’язане з реалізацією права особи на захист. Обвинувачений вправі знати, від обвинуваченні у замаху якого саме виду він повинен захищатися;

3) при призначенні покарання за незакінчений злочин відповідно до ст.68 КК суд повинен врахувати ступінь здійснення злочинного наміру. А це передбачає вказівку на вид замаху, на якому перерване злочинне посягання;

4) види замаху виділяються в КК[[53]](#footnote-53).

Міркування цього вченого видаються цілком переконливими. Доповнити їх можна хіба ще тим, що вказівка в формулі кваліфікації на частину ст.15 КК відповідає принципам індивідуалізації кваліфікації та її точності. Визначення виду замаху дозволяє диференціювати відповідальність - по різному кваліфікувати діяння осіб, яка вчинила незакінчений і закінчений замахи. Наявність же в КК відповідних полоджень, передбачає їх відбраження і при кваліфікації скоєного.

У теорії кримінального права висловлювалися різні думки щодо критерія, яким треба керуватися при розмежуванні закінченого і незакінченого замаху. Більш переконливими видаються міркування тих криміналістів, які відстоюють необхідність надати перевагу суб'єктивному критерію[[54]](#footnote-54). Відповідно до нього, замах вважається закінченим тоді, коли винний виконав усі дії, які він вважав необхідними для настання злочинного результату. Врешті-решт саме цей критерій обрав для поділу замаху на закінчений і незакінчений й законодавець.

При виконанні дій, які особа вважала необхідними для вчинення злочину, можна виділяти принаймні дві ситуації. В першій констатувати наявність закінченого замаху і відповідно кваліфікувати скоєне слід тоді, коли:

1) виконані всі дії, які винний вважав необхідними і достатніми для того, щоб була досягнута мета вчинюваного посягання, яке вчиняється;

2) дії, що виконуються, описані в диспозиції статті Особливої частини як ознаки певного злочину.

Для другої ситуації характерно виконання з метою вчинення злочину дій, які не описані у жодній з кримінально-правових норм, або які передбачені як ознаки іншого злочину. Тоді скоєне кваліфікується з врахуванням правил про юридичну помилку. Тобто, відповідні дії або взагалі не визнаються злочинними, або посягання кваліфікується як замах на той злочин, що його фактично виконував винний.

Для незакінченого замаху, як і будь-якого замаху, також характерно виконання дій, що входять у об'єктивну сторону злочину. Неповне виконання дій, що їх винний вважав необхідними і достатніми для виконання посягання, за умови, що такі дії не передбачені нормою Особливої частини, не може кваліфікуватися як замах на злочин. Такі дії також оцінюються як юридична помилка.

Кваліфікація замаху при неконкретизованому та при альтернативному умислі

Замах на злочин при неконкретизованому та альтернативному умислі кваліфікується, виходячи з тих же засад, що і готування з вказаними видами умислу. Тобто, відповідальність має наставати за нормою Особливої частини, яка передбачає найменш тяшкий (найменш небезпечний) види злочину.

Кваліфікація замаху на злочин, який містить склад менш тяжкого закінченого злочину

Замах на злочин може поєднуватися з виконанням менш тяжкого посягання, вчиненого проти того ж потерпілого. Типовим прикладом може бути замах на вбивство, внаслідок якого потерпілий лише поранений - отримав легке, середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження. Або ж, прагнучи ухилитися від сплати податків у особливо великому розмірі, винний вчинив закінчене ухилення від сплати податків у значному розмірі.

При цьому:

- не виникає конкуренції закінченого та незакінченого злочинів, при якій закінчене посягання поглинає собою попередні стадії злочинної діяльності. Адже тут має місце поєднання менш небезпечного закінченого та більш небезпечного незакінченого злочину;

- відсутня сукупність злочинів (незакінченого та закінченого), оскільки посягання спрямоване проти одного і того ж об'єкта, вчиняється шляхом виконання одного діяння;

- закінчений злочин є лише "етапом" на шляху до злочинних наслідків, які бажав заподіяти винний.

*Тому менш тяжкий злочин не підлягає самостійній кваліфікації, скоєне кваліфікується як замах на той злочин, що його бажав виконати винний.*

Кваліфікація посягання при "відхиленні дії" (aberratio iktus)

"Відхилення дії" має місце тоді, коли внаслідок злочину заподіюється шкода не тому об'єкту (потерпілому), стосовно якого було спрямоване посягання винного, а іншому благу, яке охороняється законом внаслідок непрогнозованих винним змін у розвитку причинного зв'язку. При цьому, винний діє з прямим умислом, прагнучи заподіяти шкоду певному правоохоронюваному об'єкту.Наприклад, прагнучи вбити Івана, Петро стріляє у нього, однак промахується і куля потрапляє у Степана.

Кваліфікація при "відхиленні дії" визначається залежно від того, чи однакова відповідальність встановлена за посягання на об'єкти, якому винний прагнув заподіяти і якому фактично заподіяв шкоду, а також від суб'єктивного ставлення до фактично заподіяної шкоди. При цьому можуть бути виділені такі ситуації, з врахуванням яких проводиться кваліфікація скоєного:

1) відповідальність за "бажану" і "фактичну" шкоду передбачена однією і тією ж нормою Особливої частини - об'єкти співпадають, є рівноцінними. Якщо форма вини також співпадає, тобто має місце умисел стосовно фактично заподіяних наслідків, то кваліфікація здійснюється з урахуванням наступних положень. Дії, спрямовані на заподіяння шкоди, є замахом на відповідний злочин. Одночасно ці ж дії, що спричинили передбачені законом наслідки, становлять собою закінчений злочин. Оскільки кваліфікація закінченого злочину охоплює собою кваліфікацію попередньої злочинної діяльності, то *таке посягання кваліфікується як відповідний закінчений злочин;*

2) об'єкти співпадають, але шкода заподіяна з необережності. *У такому випадку скоєне кваліфікується за сукупністю норм - як замах на злочин, що його винний бажав виконати та відповідний необережний злочин;*

3) об'єкти співпадають, стосовно фактично заподіяної шкоди немає ні умислу, ні необережності. Оскільки за невинне, у результаті випадку заподіяння шкоди кримінальна відповідальність не настає, то *скоєне кваліфікується лише як замах на злочин, що його винний бажав виконати;*

4) відповідальність за бажану і фактично заподіяну шкоду передбачена різними кримінально-правовими нормами, причому злочин, який фактично вчинений, є менш небезпечний, ніж той, що його винний прагнув виконати.

Наприклад, вчиняючи вбивство в зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку, винний фактично здійснив просте умисне вбивство. У цій ситуації закінчений менш небезпечний злочин не поглинає замах на більш небезпечне посягання. *Тому скоєне кваліфікується за сукупністю норм - як замах на злочин, що його винний бажав вчинити та як закінчений фактично вчинений злочин.*

5) відповідальність за бажану і фактичну шкоду передбачена різними кримінально-правовими нормами, причому, фактично заподіяна шкода спричинена з необережності чи випадково. Оскільки, проводиться оцінка заподіяння шкоди різним об'єктам і з різною формою вини, то тут не можуть застосовуватися правила про поглинання необережного злочину умисним, а також про поглинання замаху закінченим злочином. *Виходячи з наведеного, скоєне кваліфікується також за сукупністю норм про замах на злочин, що його винний бажав вчинити та норм про відповідний необережний злочин. При випадковому заподіянні шкоди скоєне кваліфікується лише за нормою про замах на злочин, що його винний бажав вчинити.*

6) відповідальність за бажану і фактичну шкоду передбачена різними нормами, однак фактично заподіяна більша шкода, ніж та, яка охоплювалася умислом винного. Наприклад, бажаючи спричинити тілесне ушкодження, винний дає потерпілому отруту. Однак, її випиває інша особа, яка і гине. *Якщо при цьому є різна форма вини щодо бажаної і фактичної шкоди, то скоєне кваліфікується за сукупністю - як замах на злочин, що його прагнув вчинити винний, та як відповідний необережний злочин. Якщо ж має місце прямий умисел щодо бажаної шкоди і непрямий - стосовно фактично заподіяної - то скоєне кваліфікується лише за нормою про більш тяжкий злочин.*

## 4.4. Кваліфікація у зв’язку з добровільною відмовою від вчинення злочину

Питання кваліфікації, які вирішуються у зв’язку з добровільною відмовою від вчинення злочину

Інститут добровільної відмови звичайно пов’язується зі стадіями вчинення злочину. Для цього є певні підстави, оскільки однією з умов застосування норми про добровільну відмову від вчинення злочину є констатація того, що цей злочин не доведено до кінця.

У зв’язку з застосуванням ст.17 КК слід вирішувати цілий ряд питань кримінально-правової кваліфікації. До них належить:

1) посягання, від доведення якого до кінця була добровільна відмова, кваліфікується як злочин;

2) в.визначення того, що добровільна відмова сталася до моменту закінчення злочину;

3) встановлення ознак добровільної відмови;

4) відмежування добровільної відмови від суміжних інститутів кримінального права.

Лише вирішивши всі ці питання, можна прийти до висновку, що особа, яка розпочала посягання, не підлягає за нього кримінальній відповідальності у зв’язку з добровільною відмовою від вчинення злочину на підставі ст.17 КК.

Посягання, від якого здійнюється добровільна відмова

Добровільна відмова у ст.17 КК пов’язується з притягненням особи до кримінальної відповідальності або звільненням її від неї. Це означає, що посягання, від якого відмовляється особа, є кримінально караним, при відсутності добровільної відмови за нього настає кримінальна відповідальність.

Отже, можна зробити висновок, що добровільна відмова здійснюється щодо посягання, яке:

- передбачене певною нормою Особливої частини кримінального закону як злочин;

- вчинене при наявності всіх необхідних ознак складу злочину (з урахуванням його незавершенності);

- є суспільно небезпечним, на нього не поширюються положення про малозначність (ч.2 ст.11 КК), воно не вчинено при обставинах, які усувають злочинність діяння.

Якщо ж особа вчинила діяння, яке не відповідає названим вище ознакам - яке не є злочинним і за яке не настає кримінальна відповідальність - то їй і немає від чого відмовлятися. Так, не може мати місце добровільна відмова щодо об’єктивно суспільно небезпечного посягання, яке не є кримінально-протиправним, щодо діяння, яке через малозначність не являє суспільної небезпеки тощо.

У літературі висловлюється і інша позиція щодо природи діяння, стосовно якого вчиняється добровільна відмова.. Вона полягає у тому, що діяння, від якого вчиняється добровільна відмова, не вважається злочином, оскільки у ньому немає складу злочину ні закінченого, ні незакінченого[[55]](#footnote-55). Однак, така постановка питання суперечить, насамперед, змісту закону. Адже у назві і у диспозиції ст.17 КК (як і в ст.32 КК Російської Федерації) йде мова про добровільну відмову саме від *злочину*.

Припинення готування до злочину або замаху на злочин як умова застосування норми про добровільну відмову

У ст.17 КК йде мова про добровільну відмову стосовно незакінченого злочину. Роз’яснюючи це положення, вітчизняні криміналісти вказували, що добровільна відмова можлива тільки на стадії готування до злочину та замаху на нього[[56]](#footnote-56). Таке формулювання міститься і в ст.17 КК 2001 р. Видається, що при цьому допускається термінологічна неточність. Готування до злочину та замах на нього мають місце лише за умови, що злочин не було доведено до кінця з причин, *що не залежали від волі винного*. Добровільна відмова, навпаки, характеризується тим, що злочинна діяльність припиняється *за власною волею особи*, при усвідомленні можливості продовжити вчинення злочину. Тому для характеристики посягання, від якого вчиняється добровільна відмова, недоцільно користуватися поняттями, які належать до попередньої злочинної діяльності. Потрібно, принаймні, говорити про стадії розвитку злочинної діяльності, які аналогічні готуванню чи замаху.

Недоведення злочину до кінця, як умова добровільної відмови, означає, що посягання не характеризується ознаками закінченого злочину. Адже, як вдало підкреслює В.П.Тихий, відмовитися від завершеного посягання уже неможливо, воно незворотне; поняття закінченого злочину й добровільної відмови є взаємовиключними[[57]](#footnote-57). Злочин, який не доведений до кінця - це посягання з незавершеною об’єктивною стороною - в якому повністю невиконане чи виконане частково суспільно небезпечне діяння, відсутні передбачені диспозицією кримінально-правової норми наслідки. Оцінка того, чи є злочин недоведеним до кінця, дається з урахуванням конструкції об’єктивної сторони його складу - її описання у диспозиції статті кримінального закону. Так, недоведеним до кінця вбивство буде тоді, коли не виконане діяння, спрямоване на позбавлення життя чи не настали наслідки у вигляді смерті; самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи - коли не відбулося присвоєння владних повноважень або звання службової особи чи не вчинено будь-яких суспільно небезпечних діянь.

У літературі є дискусійним питання про те, чи можлива добровільна відмова у посяганні, яке досягло стадії, аналогічної закінченому замаху. Поширеною є думка, що при закінченому замаху добровільна відмова неможлива, оскільки все, що особа вважала необхідним зробити для досягнення шкідливого результату, вона вчинила[[58]](#footnote-58). Обгрунтовуючи її, звичайно вказують, що відмова можлива лише від того, що належить зробити, а не від того, що вже стало фактом[[59]](#footnote-59). Однак, погодитися з такою позицією і з міркуваннями, які висловлюються на її підтримку, важко. Адже добровільна відмова - це відмова не від вчинення суспільно-небезпечного діяння, а від злочину в цілому, який у матеріальних складах включає і наслідки. Немає підстав не бачити добровільної відмови у тих випадках, коли особа повністю виконала передбачене законом діяння, але відмовилася від заподіяння наслідків і, отже, не довела злочин до кінця.

Тому, більш обгрунтованою є інша позиція - добровільна відмова можлива і після завершення виконання діяння, коли особа втручається у розвиток причинового зв’язку і своєю поведінкою відвертає заподіяння передбаченої законом шкоди[[60]](#footnote-60). До того часу, поки особа здатна контролювати розвиток подій і своїми активними діями забезпечити ненастання наслідків - до того часу можна відмовитися від доведення злочину до кінця. Класичними прикладами є введення в організм потерпілого отрути з метою позбавлення його життя і наступне лікування, завдяки якому нейтралізується дія цієї отрути; підпалювання будинку і гасіння пожежі тощо.

Умови правомірності добровільної відмови від вчинення злочину

Звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з добровільною відмовою від вчинення злочину можливе тоді, коли дотримані умови правомірності такої відмови. Більшість з таких умов прямо вказані у ст.17 КК, інші ж формулює теорія кримінального права та правозастосовча практика.

Серед умов правомірності добровільної відмови, названих у ст.17 КК, є здійснення її за власною волею (добровільність), остаточність, усвідомлення можливості доведення злочину до кінця та відсутність у фактично скоєному складу іншого злочину. Видається, що перелік умов правомірності добровільної відмови необхідно доповнити і такою, як її успішність (вдалість, результативність).

**Добровільність** відмови означає відмову від доведення злочину до кінця за власною волею особи, незалежно від мотивів. На відміну від готування до злочину чи замаху на нього, посягання при добровільній відмові припиняється не вимушено, а за волеютого, хто посягає, свідомо. При цьому, ініціатива припинення злочинної діяльності може виходити як від самої особи, що вчиняє посягання, так і від його близьких, потерпілого, сторонніх громадян. Мотивами відмови можуть виступати страх відповідальності, жалість до потерпілого, почуття сорому за те. Що вчиняє особа тощо.

Сама відмова, звичайно, полягає у бездіяльності - коли особа припиняє і не продовжує злочинну діяльність і цього досить, щоб злочин не був доведений до кінця. Однак, у ряді випадків воля особи на відмову від вчинення злочину має проявитися в активних діях. Зокрема, це має місце тоді, коли особа повністю виконала злочинне діяння і потрібні активні зусилля для відвернення суспільно небезпечних наслідків; при відмові декого із співучасників.

**Остаточність** добровільної відмови полягає у тому, що особа відмовляється від завершення даного злочину назавжди, в неї немає наміру продовжити посягання у майбутньому, повторити спробу завершити його. У теорії кримінального права не викликає сусмніву, що перерва у вчиненні злочину, відкладання його завершення «до кращих часів» не утворює добровільної відмови, і скоєне має кваліфікуватися з урахуванням того, якої фактично стадії вчинення злочину досягнуто до моменту такої перерви.

**Усвідомлення можливості довести злочин до кінця** має місце тоді, коли особа знає про відсутність нездоланних для неї перешкод для продовження злочинної діяльності, вважає, що вона може завершити посягання, яке розпочала. Для наявності добровільної відмови потрібно, щоб відповідне уявлення існувало у свідомості особи, тобто, щоб вона сама вважала, що може закінчити злочин. Відмова від посягання на негідний об’єкт, з негідними знаряддями і т.п. - коли можливість закінчення злочину об’єктивно була відсутня (наприклад, злодій відмовився від крадіжки у касі, не знаючи про те, що у ній все одно не було грошей), але особа про це не знала, вважала, що має можливість завершити посягання, не виключає добровільної відмови від вчинення злочину.

**Відсутність фактично вчиненому складу іншого злочину** означає, що добровільна відмова здійснюється лише щодо конкретного посягання, не поширюється на всю злочинну діяльність винного. Особа звільняється від кримінальної відповідальності за незавершений злочин і, водночас, підлягає кримінальній відповідальності зазлочини, вчинені до моменту добровільної відмови, які є закінченими, а також за посягання, наслідки яких винному не вдалося відвернути.

**Успішність** добровільної відмови є самостійною ознакою, яка не випливає з раніше названої і не дублює її. Добровільна відмова, як підстава звільнення від кримінальної відповідальності, може визнаватися лише тоді, коли відсутній склад не лише *іншого* злочину (тобто, не того, щодо якого винний відмовлявся), а і склад злочину, щодо якого здійснюється добровільна відмова. Звільнення від кримінальної відповідальності застосовується за умови, що винному вдалося відмовитися від злочину - внаслідок його поведінки саме той злочин, вчинення якого було розпочате, не доведений до кінця. Невдала (безуспішна) відмова, спроба відмови свідчить про каяття винного, позитивно характеризує його особу, але аж ніяк не звільняє від відповідальності. Добровільна відмова характеризується не лише суб’єктивними ознаками - намірами не доводити злочин до кінця, а й об’єктивними - певною поведінкою особи та її результатом. Лише відвернення винним суспільно небезпечних наслідків посягання дозволяє зробити висновок про втрату суспільної небезпеки самого діяння і особи та не визнавати попередню поведінку такою, що заслуговує кримінального переслідування.

Результат кримінально-правової кваліфікації при добровільній відмові

Добровільна відмова від вчинення злочину не означає, що діяльність особи до моменту добровільної відмови є правомірною чи нейтральною для права. Відповідні дії особи все одно оцінюються як злочинні, але такі, які при умовах, передбачених ст.17 КК, не тягнуть кримінальної відповідальності. На відміну від готування чи замаху, скоєне не кваліфікується, виходячи з спрямованості умислу на заподіяння шкоди певному об’єкту кримінально-правової охорони.

Водночас, добровільна відмова погашає всі кримінально-правові наслідки раніше вчиненого незавершеного посягання:

- воно не може бути враховане як елемент множинності злочинів, зокрема при повторності;

- воно не враховується при призначенні покарання як обставина, що обтяжує відповідальність (передбачена п.1 ч.1 ст.67 КК);

- стосовно нього не починає текти строк давності притягнення до кримінальної відповідальності;

- воно не є перешкодою для звільнення від кримінальної відповідальності з передачею матеріалів справи на розгляд товаристського суду чи на поруки;

- воно не виступає підставою для відміни звільнення від покарання з випробуванням (ч.3 ст.78, ч.6 ст.79 КК) чи умовно-дострокового звільнення від відбування покарання (ч.4 ст.81 КК).

Звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з добровільною відмовою є безумовним - його не можна переглянути з огляду на наступну поведінку особи. Таке звільнення - при наявності передбачених законом умов правомірності - виступає обов’язком органів, які здійснюють кримінальну юрисдикцію.

Добровільна відмова передбачена законом як самостійною підставою звільнення від кримінальної відповідальності. Тому важко погодитися з міркуваннями, які висловлюються у науковій літературі що при добровільній відмові особа не підлягає кримінальній відповідальності через малозначність або у зв’язку з втратою особою суспільної небезпеки. При малозначності посягання особа взагалі не підлягає кримінальній відповідальності. Посягання, від якого звільняється особа на підставі ст.17 КК, не може бути малозначним, при відсутності умов, передбачених цією нормою особа підлягала б кримінальній відповідальності. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв’язку з втратою особою суспільної небезпеки є, відповідно до ст.48 КК, не обов’язком, а правом відповідних органів, до того ж це пов’язується не з індивідуальною поведінкою винного, його волевиявленням, а зі зміною обстановки - об’єктивних обставин, які стосуються, як правило, всього суспільного життя.

Види добровільної відмови від вчинення злочину

Можливі випадки, коли особі, незважаючи на її зусилля, не вдається уникнути настання суспільно-небезпечних наслідків злочину, від вчинення якого вона відмовляється. З урахуванням цього, добровільну відмову поділяють на ***успішну*** та ***невдалу***. Остання у свою чергу, може бути ***повністю невдалою*** - коли незважаючи на дії винного, наслідки, на заподіяння яких були спрямовані дії, настали у повному обсязі, та ***частково невдалою***, коли заподіяна менша за розміром шкода чи шкода менш цінному об’єкту. Тобто, добровільна відмова щодо одного злочину поєднуються з вчиненням іншого закінченого злочину, який підлягає кримінально-правовій кваліфікації.

Особа, яка розпочала вчиненння злочину, може відмовитися від заподіяння будь-якої шкоди, тобто, може прагнути ***відмовитися від злочину повністю***. Можлива і ***часткова відмова*** - коли винний відмовляється від заподіяння більшої шкоди, але погоджується з тим, що через його дії будуть заподіяні менш тяжкі наслідки. При цьому, для повної і часткової відмови характерне різне суб’єктивна ставлення до фактично заподіяної шкоди.

Далі. Добровільна відмова може здійснюватися ***при вчиненні як одиничного злочину***, а також ***у випадку сукупності злочинів***. Причому добровільна відмова може стосуватися всіх посягань, які утворюють сукупність, так і окремих із них. Ті ж злочини, яких добровільна відмова не стосується, також підлягають кваліфікації.

Нарешті, добровільна відмова можлива і при ***вчиненні злочину однією особою***, і при ***вчиненні посягання у співучасті***. Добровільна відмова при співучасті має певні особливості, які потребують спеціального аналізу.

З урахуванням викладеного видається можливим провести класифікацію видів добровільної відмови від вчинення злочину, яку доцільно враховувати при вирішенні питань її кримінально-правової кваліфікації:

Добровільна відмова від вчинення злочину

Залежно від її успішності

Залежно від мети дій винного

Залежно від кількості вчинюваних злочинів

Залежно від кількості осіб, які беруть участь у вчиненні злочину

Повна

Часткова

Успішна

(вдала)

Невдала

Від одиничного злочину

Від злочинів, вчинених у співучасті

Від злочину, який вчиняється однією особою

Від злочину, які вчиняються у співучасті

Частково

невдала

Повністю

невдала

Кваліфікація повністю невдалої добровільної відмови від вчинення злочину

При повністю невдалій добровільній відмові злочин, який особа почала виконувати і від якого вона спробувала відмовитися, все ж вчиняється. Цеможливо, наприклад, тоді, коли особі не вдається загасити підпалене майно чи зберегти життя отруєному потерпілому, запобігти вчиненню посягання співучасниками і т.п. У такому випадку добровільна відмова відсутня, адже злочин все ж вчиняється. Як випливає з викладеного вище, повністю невдала добровільна відмова має враховуватися як дієве каяття - обставини, яка пом’якшує відповідальність, але повністю не звільняє від неї.

Тому, повністю невдала добровільна відмова кваліфікується як закінчений злочин, виходячи з фактично заподіяної шкоди, інших обставин вчинення злочину. При цьому, факт спроби відмовитися від вчинення злочину не може впливати на визначення обставин, які обумовлюють ту чи іншу кваліфікацію, зокрема мотивів. Адже мотив - це те, що спонукало до вчинення посягання і існувало до початку його виконання. А добровільна відмова здійснюється вже після початку вчинення злочину.

Кваліфікація частково невдалої добровільної відмови від вчинення злочину

Частково невдала добровільна відмова передбачає:

- особі вдалося не довести до кінця злочин, який вона почала вчиняти - відмовитися від нього;

- у ході вчинення посягання все ж заподіяні наслідки, але в меншому обсязі чи іншому об’єкту. Наприклад, особа відмовляється від вбивства і дає ліки ним потерпілому, який ним був отруєний. Останній залишається живим, але йому заподіюються тілесні ушкодження.

Кваліфікація частково невдалої добровільної відмови включає оцінку як недоведеного до кінця злочину, стосовно якого мала місце відмова, так і фактично вчиненого.

Добровільна відмова оцінюється на загальних підставах, тобто особа звільняється від кримінальної відповідальності за розпочату злочинну діяльність - за той злочин, який вона спочатку прагнула вчинити. Заподіяна шкода кваліфікується як закінчений менш небезпечний злочин, виходячи з фактичних наслідків.

При цьому, виникає питання про те, з якою формою вини виконується цей (менш небезпечний) злочин, що вчиняється у ході частково невдалої добровільної відмови, які мотиви і мета його характеризують. У теорії кримінального права цим питанням не приділяється належна увага, вчені обмежуються вказівкою на те, що кваліфікація здійснюється з врахуванням фактично заподіяної шкоди. Проілюструвати, у чому ж полягає значення точного визначення цих ознак, можна на такому прикладі. М., керуючи вантажним автомобілем, побачив свого сусіда, який переходив вулицю у невстановленому місці. Будучи з сусідом у ворожих відносинах, М. вирішив позбавити його життя і, підвищивши швидкість, спрямував на останнього вантажний автомобіль. Не доїхавши кілька десятків метрів до сусіда, М. відмовився від свого наміру, подав звуковий сигнал, почав гальмувати і спробував об’їхати сусіда. Однак, уникнути наїзду не вдалося, потерпілому були заподіяні середньої тяжкості тілесні ушкодження. Очевидно, що скоєне не може кваліфікуватися як замах на вбивство саме у зв’язку з добровільною відмовою від вчинення цього злочину. Але яку оцінку належить дати фактично заподіяній шкоді: кваліфікувати посягання за ст.122 КК як умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, за ст.128 КК як заподіяння такого ж тілесного ушкодження з необережності чи за ч.1 ст.286 КК як порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами?

Для вирішення відповідних питань необхідно проаналізувати зміст вини при вчиненні посягань, що утворюють частково невдалу добровільну відмову. Першою інтелектуальною ознакою умислу є усвідомлення особою суспільно- небезпечного характеру своєї дії або бездіяльності. Суспільно-небезпечне діяння в аналізованій ситуації - це діяння, яке вчиняється у зв’язку з виконанням злочину, від якого особа згодом відмовляється. Саме воно породжує й ті часткові наслідки, яких не вдалося уникнути у ході добровільної відмови. Адже діяння, в якому полягає добровільна відмова, спрямоване на відвернення шкоди і не є суспільно небезпечним. Тому, усвідомлення суспільно-небезпечного характеру діяння повинно мати місце не у момент відмови, а вже на початку виконання посягання. Усвідомлюючи суспільно-небезпечний характер свого діяння, особа розуміє, що воно є шкідливим для суспільства, здатне заподіяти шкоду, як тому об’єкту, проти якого спрямоване посягання, так і суміжним, менш цінним. Друга інтелектуальна ознака умислу характеризує передбачення особою суспільно-небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності. Причому, характер наслідків (у загальних рисах) і їх розмір винний передбачає (бачить наперед) вже на момент вчинення діяння. Передбачаючи більш тяжкі наслідки, від заподіяння яких особа згодом відмовляється, вона одночасно передбачає і менш небезпечні наслідки, які настають у ході частково невдалої добровільної відмови. Отже при частково невдалій добровільній відмові наявні обидві інтелектуальні ознаки умислу.

Однак, вольова ознака умислу, як видається, наявна далеко не завжди. Якщо усвідомлення характеру своїх діянь і передбачення його наслідків повинні бути ще до початку вчинення злочину, то бажання настання наслідків повинно «супроводжувати» посягання аж до того моменту, доки особа зберігає контроль над розвитком подій. Добровільна відмова від доведення злочину до кінця означає, що особа вже не бажає настання наслідків. Його дії по відверненню шкоди свідчать, що немає і байдужого ставлення до наслідків - свідоме допущення їх настання. Лише при частковій відмові особа допускає настання менш тяжкої шкоди, тобто, діє з непрямим умислом.

Вина у фактично вчиненому злочині при повній відмові, як видається, існує у формі необережності - злочинної самовпевненості. При цьому, винний передбачає можливість настання наслідків, оскільки знає про небезпечний характер своєї поведінки до моменту добровільної відмови, а в її ході не проявляє достатніх зусиль, наполегливості для відвернення всіх наслідків, і тому розрахунок на їх відвернення є легковажним.

Отже, невдала добровільна відмова залежно від того, була вона повною чи частковою, кваліфікується або як умисний злочин, або як злочин, вчинений з необережності.

Кваліфікація добровільної відмови при сукупності злочинів

Добровільна відмова може стосуватися як усієї злочинної діяльності, так окремих злочинів. Причому, відмова від доведення до кінця одного чи кількох посягань зовсім не означає, що особа не підлягає кримінальній відповідальності за інші вчинені нею злочини, якщо щодо них добровільна відмова не мала місце.

Тому, при вчиненні сукупності злочинів, добровільна відмова оцінюється окремо відносно до кожного із посягань, які утворюють таку сукупність. За злочини, від яких винний не відмовився, або відмова від яких була невдалою, настає кримінальна відповідальність на загальних підставах. Наприклад, для використання у ході незаконного заняття рибним промислом був виготовлений вибуховий пристрій. Від використання вибухівки для добування риби відбулася добровільна відмова, однак вибуховий пристрій винний зберіг у себе. тому він не підлягає кримінальній відповідальності за ст.249 КК, однак повинен відповідати за ч.1 ст.263 КК.

Добровільна відмова від злочину, який вчиняється у співучасті

Добровільна відмова від злочину, який вчиняється у співучасті має певні особливості. Наявність об’єктивного і суб’єктивного зв’язку між діями кожного із співучасників, спільність вчинення ними злочину веде до того, що добровільна відмова вимагає розриву цього зв’язку. Інакше кажучи, добровільна відмова співучасника передбачає, щоб завдяки його поведінці стало неможливим спільне вчинення злочину. Звідси випливає, що добровільна відмова при співучасті визначається з урахуванням виду співучасника та форми співучасті.

Добровільна відмова виконавця злочину оцінюється так само, як і при вчиненні посягання без участі інших осіб. Вона може полягати як у активних діях, так і у бездіяльності. При вчиненні злочину кількома співвиконавцями, добровільна відмова одного з них повинна полягати у такому впливі на іншого, при якому не виконується об’єктивна сторона злочину. Якщо діяльність одного із співвиконавців є передумовою вчинення посягання іншими, то для добровільної відмови достатньо його бездіяльності. Наприклад, при виготовленні з метою збуту підроблених грошей, бездіяльність того з співвиконавців, який повинен був зробити кліше, робить неможливими і подальше вчинення злочину особами, які мали виготовляти готові купюри.

Організатор і підбурювач злочину для добровільної відмови повинні відвернути вчинення посягання виконавцем. Їх поведінка не обов’язково має виражатися в активних діях, як про це нерідко пишуть у літературі. Наприклад, організатор злочину може не дати вказівки пособнику про надання відповідного сприяння, або виконавцю про початок вчинення посягання.

Добровільна відмова пособника злочину залежно від конкретних обставин, має виражатися або у бездіяльності, або в активних діях. Бездіяльності для добровільної відмови досить тоді, коли пособник утримується від надання сприяння іншим співучасникам у вчиненні злочину. Активні дії вимагаються тоді, коли таке сприяння вже надане. Такі дії не обов’язково повинні виражатися у відібранні наданих знаряддь вчинення злочину, поновленні усунутих перешкод, відмовою від обіцянки приховати злочин тощо. Вони можуть, як і в інших співучасників, полягати у впливі на виконавця, попередженні потерпілого, повідомленні органам влади і т.п.

Кваліфікація дій співучасників, які не здійснили добровільну відмову

Не підлягають кримінальній відповідальності лише ті співучасники, які здійснили добровільну відмову. Для інших учасників злочину він буде не доведений до кінця з причин, не залежних від їх волі, відмова - вимушеною. Тому, вони підлягають кримінальній відповідальності за злочинну діяльність, перервану у зв’язку з добровільною відмовою іншого співучасника. При цьому, їх дії кваліфікуються як готування до злочину або замах на нього залежно від того, які дії вчинив виконавець злочину (ч.1 ст.31 КК). Якщо виконавець розпочав виконання об’єктивної сторони, описаної у диспозиції статті Особливої частини, то є замах на злочин, у іншому ж разі - лише готування до нього.

Кваліфікація невдалої добровільної відмови при співучасті

Окремо слід зупинитися на кваліфікації невдалої добровільної відмови співучасників, коли співучасники завершують посягання, незважаючи на зусилля одного з них відвернути доведення злочину до кінця. Це може бути обумовлено двома причинами. По-перше, самому співучаснику, який відмовився, не вдалося вчинити все, щоб не доводити злочин до кінця (наприклад, вказівка організатора виконавцю не вчиняти посягання не передана через пошкодження засобів зв’язку). По-друге, через те, що інший співучасник (співучасники) вчиняють злочин всупереч волі того, хто відмовився.

Кваліфікуючи невдалу добровільну відмову, слід окремо оцінювати поведінку особи, яка намагалася здійснити таку відмову, та тих, хто не відмовився від вчинення посягання. При цьому, виникають питання про кваліфікацію посягання з урахуванням стадії її вчинення та про можливість вмінення норми, яка передбачає відповідальність за вчинення злочину у співучасті.

Дії співучасника, який намагався відмовитися від доведення злочину до кінця, кваліфікуються з урахуванням причин поведінки інших співучасників. Якщо завдяки поведінці співучасника розірваний об’єктивний і суб’єктивний зв’язок між учасниками злочину, то його посягання не повинно кваліфікуватися як закінчений злочин. Наприклад, організатор злочину заявив виконавцю про відмову від крадіжки; не повідомив йому час, коли господарі квартири будуть відсутні; сказав, що не буде сприяння пособника, який обіцяв перевезти викрадене майно. Не-зважаючи на це, виконавець вирішив самостійно закінчити посягання. Це свідчить, що злочинна діяльність організатора припинилася на стадії готування до злочину (ним фактично виконане лише готування до крадіжки, вчиненої в співучасті), що і має відображатися при кваліфікації. Подальша діяльність виконавця не перебуває у зв’язку з його попередньою поведінкою, і він за неї не може нести відповідальність, адже вона встановлена за співучасть у конкретному злочині, а не за втягнення повнолітніх осіб у злочинну діяльність.

Злочинна діяльність виконавця продовжилася самостійно, посягання він вчиняє сам, а отже його дії не повинні кваліфікуватися за нормами про злочин, вчинений у співучасті (хіба що цей злочин вчинено з залученням інших співучасників).

В іншому випадку, якщо виконавець завершує злочин, усвідомлюючи, що він реалізує спільний попередній задум співучасників, використовує при цьому інформацію та засоби, отримані від них, скоєне ним належить кваліфікувати за нормами, що передбачають посягання, вчинене у співучасті. Той співчасник, якому не вдалося зупинити доведення такого злочину до кінця, відповідає за закінчений злочин, вчинений у співучасті.

**Схема: Добровільна відмова при співучасті**

Невдала добровільна відмова при співучасті

Причини, з яких злочин вчинено іншими співучасниками

Співучасник, який відмовився від злочину до кінця, не вчинив усе, необхідне для цього

Інші співучасники вчиняють злочин всупереч волі того, хто відмовився

Співучасть у закінченому злочині

Співучасник, який вчинив злочин

Співучасник, який намагався відмовитися

Закінчений злочин, вчинений без співучасті

Готування до злочину, вчиненого в співучасті

Добровільна відмова при організованих формах співучасті

Організовані форми співучасті у злочині - вчинення злочину у складі організованої групи та злочинної організації - характеризуються більш тісним зв’язком між співучасниками, а отже добровільна відмова передбачає інтенсивніші зусилля, а у ряді випадків взагалі неможлива.

Так, за загальним правилом, неможлива добровільна відмова від участі у злочинній організації. Норми про відповідні злочини (статті 109, 255, 257, 260 КК) сформульовані так, що передбачені ними посягання визнаються закінченими з моменту вступу у злочинну організацію. Тому вихід з такої організації буде кваліфікуватися не як добровільна відмова, а як дієве каяття.

Разом із тим, учасник злочинної організації може вчинити добровільну відмову від окремих посягань, вчинюваних в складі організації іншими учасниками,якщо такі злочини підлягають самостійній кваліфікації - наприклад, від вбивства, яке вчиняє банда. При цьому учасник організації своїми діями повинен відвернути вчинення злочину іншими учасниками (попередити потерпілого чи у будь-який спосіб захистити його, повідомити органи влади, перешкодити іншим учасникам вчинити посягання). Проста відмова чи ухилення від участі у конкретному епізоді діяльності злочинної організації не утворює добровільної відмови.

На відміну від злочинної організації участь в організованій групі допускає добровільну відмову. Якщо щодо злочинної організації кримінальна відповідальність встановлена за саму участь у ній, то умовою відповідальності учасників організованої злочинної групи є вчинення конкретного посягання в її складі. Сама собою згода на участь у організованій групі ще не становить закінченого злочину, а отже, вихід рядового учасника з такої групи до вчинення посягання, повинен оцінюватися як добровільна відмова. Добровільна відмова керівника чи організатора злочинної групи повинна виражатися у діях, завдяки яким припиняється існування такої групи.

# 5. Кваліфікація злочинів, вчинених у співучасті

Актуальність питань, які стосуються кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, визначається рядом обставин як теоретичного, так і практично-прикладного характеру.

Положення, які стосуються співучасті у злочині, відповідальності співучасників є в Кримінальному кодексі України (далі - КК). Їм присвячений окремий розділ - розділ УІ Загальної частини КК. Причому, в новому КК 2001 р. вони регламентовані більш детально, ніж в раніше діючому кримінальному законодавстві України. Однак при цьому деякі питання розкриті недостатьо чітко чи суперечливо. Наприклад, в ч.2 ст.29 КК однозначно вказано, що організатор, підбурювач та пособник злочину підлягають відповідальності за тією ж статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. В наступній же частині цієї ж статті визначено, що окремі ознаки складу злочину можуть інкримінуватися не всім співучасникам, зокрема, ознаки, що характеризують особу окремого співучасника, ставляться у вину лише цьому співучаснику. При цьому не вказується, яким же чином можна реалізувати ці положення, враховуючи, що стаття про злочин, вчинений виконавцем, часто не передбачає ознак, якими наділені організатори, підбурювачі, пособники злочину і навпаки. Тому виникає суперечність між вимогами, закріпленими в ч.2 та ч.3 ст.29 КК. Також має місце неузгодженість положень про співучасть, які регламентовані статтями Загальної частини КК та відповідних положень, що містяться в статтях його Особливої частини. Зокрема, з ч.4 ст.28 КК випливає, що мета створення злочинної організації - вчинення не одного, а *кількох* злочинів. В той же час, визначаючи поняття окремих видів злочиних організацій, встановлюючи умови відповідальності їх організаторів та учасників в ст.ст.255, 257 КК законодавець встановлює, що злочинна організація може створюватися для вчинення і *одного* злочину.

Як вирішувати такого роду колізії (а їх перелік можна продовжувати) в самому законі не визначено, теоретичні положення з цього приводу поки що відсутні. Разом із тим, без їх вирішення ефективне застосування кримінального закону в цій частині, по суті, неможливе. Вже це свідчить про актуальність теоретичної розробки і вивчення відповідних положень.

Вчинення злочинів у співучасті досить часто зустрічається в правозастосовній практиці. В цілому, приблизно третина всіх злочинів - це злочини, у вчиненні яких брали участь дві чи більше особи. А щодо особливо тяжких і тяжких злочинів, насильницьких та корисливих посягань співучасть зустрічається ще частіше. За деякими даними, дві третини грабежів та розбоїв, випадків кваліфікованого хуліганства виконуються у співучасті. Тому питання кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, досить часто виникають в повсякденній діяльності слідчих, прокурорів, адвокатів, суддів.

При цьому доводиться констатувати, що при їх вирішенні допускається немало помилок, свідченням чого є значна кількість змін у кваліфікації скоєного. Вищестоячі інстанції досить часто змінюють чи скасовують процесуальні документи саме через те, що неправильно визначається вид співучасника та форма співучасті, її вбачають там, де насправді має місце лише співпадіння у часі та місці окремих посягань, не враховуються індивідуальні особливості окремих співучасників та їх вплив на кваліфікацію дій інших співучасників тощо. Доводиться констатувати, що Верховний Суд України допускає непослідовність у своїх вказівках щодо кваліфікації дій співучасників, що в свою чергу, перешкоджає однозначнсті і стабільності при застосуванні кримінально-правових норм.

Не можна пройти і мимо того, що в публічних виступах керівників правоохоронних відомств нерідко зустрічаються вислови, які свідчать про явне нерозуміння ними суті злочинів, вчинених у співучасті, можливостей очолюваних ними відомств в протидії організованим формам співчасті. Так, Міністр внутрішніх справ України Ю.І.Смирнов невдовзі після свого призначення на посаду, підводячи підсумки одного з етапів діяльності МВС повідомив, що в Україні існує певна кількість організованих злочинних угруповань і пообіцяв що до кінця другого кварталу 2001 р. вони будуть ліквідовані (поміж іншого, цікаво, що ж міністр розуміє під “ліквідацією”?). Трохи згодом, підводячи підсумки роботи органів внутрішніх справ за 9 місяців 2002 р. він вказав, що в Україні “призупинена діяльність 627 організованих злочинних угруповань”, 100 їхніх лідерів засуджено”[[61]](#footnote-61). Навряд чи такі вислови заслуговують на коментування.

Теоретичне дослідження питань кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, характеризується, з одного боку, наявністю великої кількості опублікованих робіт, а з другого - значними розбіжностями у вирішенні окремих питань. Ще століття назад знаменитий російський криміналіст Н.С.Таганцев відзначав, що питання про співучасть відносяться чи не до найбільш складних і заплутаних в теорії кримінального права. За роки, що минули відтоді, вони не стали більш ясними і чіткими. Більш того, спроби регламентувати певні положення в КК призвели до того, що спори з окремих позицій кваліфікації дій співучасників стали ще більш гострими, вияснилися прогалини в теоретичній розробці ряду питань.

Викладене дає підстави констатувати актуальність проблеми, обраної для дослідження, необхідність її подальшої теоретичної розробки. Аналіз показує, що недостатня чіткість законодавства, неоднозначні рішення, які приймаються на практиці, спори в теорії з питань кваліфікації дій співучасників, в значній мірі є породженням недостатньої уваги до вирішення ряду загальних питань теорії кримінально-правової кваліфікації. Тому в цій роботі зроблена спроба вирішити окремі питання кваліфікації дій співучасників злочинів на підставі загальних принципів кримінально-правової кваліфікації, сформулювати правила кримінально-правової кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті.

## 5.1. Загальні положення кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті

Поняття співучасті у злочині

Поняття співучасті у злочині міститься в ст.26 КК: «Співучастю у злочині є умисна спільна умисна декількох суб′єктів злочину у вчиненні умисного злочину». Порівняно з визначенням, яке було в раніше чинному КК (ч.1ст.19 КК України 1960 р.), його новизна полягає в такому:

1) додатково підкреслено, що співучасть можлива лише при вчиненні умисного злочину. Щоправда, теорія і практика і в період дії КК 1960 р. виходили з того, що співучасть можлива лише в умисних злочинах. Чи не єдиний, хто відстоював іншу позицію, був М.С.Шаргородський. Однак його пропозиції про необхідність конструювання співучасті щодо злочинів, вчинених з необережності, не знайшли підтримки;

2) чітко визначено, що співучасть передбачає участь декількох суб’єктів злочину. Тим самим усунено підстави для позицій, згідно з якими визнавалося, що вчинення злочину групою осіб (при згвалтуванні, грабежі, розбої) має місце і тоді, коли лише один учасник такої “групи” підлягав кримінальній відповідальності, про що детальніше буде сказано далі.

Ознаки співучасті у злочині

Конкретизуючи і розвиваючи законодавче визначення співучасті, в теорії кримінального права виділяють ознаки співучасті.

До *об’єктивних ознак співучасті у злочині* відносяться:

**1) участь у вчиненні злочину декількох суб′єктів злочину**. Це означає, що принаймні два учасники злочину наділені ознаками загального суб’єкта злочину - є особами фізичними, осудними, такими, що досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність;

**2) двома або більше суб’єктам виконується один і той же злочин.** Тобто, кожен із учасників злочину вчиняє не окреме посягання, а єдине на всіх; виконання кількома особами окремих злочинів, навіть якщо вони збігаються в місці і часі не є співучастю;

**3) злочин вчиняється спільно.** Лише взаємні погоджені зусилля співучасників приводять до вчинення злочину. Спільність вчинення злочину в свою чергу підтверджується такими рисами:

- дії кожного із співучасників є взаємодоповнюючими. Лише завдяки поведінці кожного із учасників виконується посягання в цілому;

- наслідки злочину, вчиненого у співучасті, є єдиними для всіх співучасників. За спільний злочинний результат несе відповідальність кожен із співучасників;

- між дією або бездіяльністю кожного із співучасників, діяльністю виконавця злочину і наслідками злочину, вчиненого у співучасті, існує причиновий зв’язок. Інакше кажучи, без поведінки окремих співучасників (організатора, підбурювача, пособника) не міг би вчинити посягання виконавець, а без його діяння не був би досягнутий спільний злочинний результат.

Відсутність спільності посягання - коли кожна особа діє не погоджено, не вносячи свій внесок у єдиний результат, коли злочин може бути вчинений незалежно від участі в ньому окремих осіб свідчить про те, що має місце не співучасть в одному злочині, а вчинення кількох самостійних посягань, або ж поведінка тих чи інших осіб не є злочинною.

Спільність вчинення злочину при співучасті ілюструє така схема:

### 

**Схема: Спільність вчинення злочину при співучасті**

Дія або бездіяльність окремих співучасників

Діяльність

спрямована на те, щоб викликати певні дії або бездіяль-ність співучасників (“підбурювання до пособництва, “пособництво пособнику” тощо)

...

...

Дія або

бездіяльність виконавця

злочину

Суспільно-небезпечні наслідки спільного посягання

*Суб’єктивні ознаки співучасті* випливають з того, що співучасть можлива лише при вчиненні умисних злочинів, і діяльність співучасників також має бути умисною. Тому загальне поняття умислу стосовно злочинів, вчинюваних у співучасті має бути модифіковане, а самі ознаки умислу, а тим самим і суб’єктивні ознаки співучасті полягають в такому:

**1) кожен із співучасників усвідомлює суспільно небезпечний характер своєї дії або бездіяльності та дії або бездіяльності інших співучасників.** Це передбачає взаємну поінформованість учасників злочину про те, що злочин вчиняється ними спільно з іншими співучасниками. Причому не обов’язково, щоб кожен із співучасників знав всіх інших учасників злочину, їх завдання у спільному посяганні. Досить розуміти свою власну роль, знати про злочинні діяння ще хоча б одного з учасників;

**2) кожен із співучасників передбачає суспільно небезпечні наслідки спільного посягання.** При співучасті злочин в цілому виконується виконавцем і суспільно небезпечні наслідки породжуються його діями. Однак діяння виконавця стає можливим завдяки поведінці всіх співучасників і наслідки злочину є результатом зусиль всіх співучасників. Тому кожний співучасник повинен передбачати наслідки не лише власної поведінки, а й наслідки, породжені спільним вчиненням злочину.

Група осіб вчинила крадіжку колективного майна з проникненням в склад. При цьому Іван для того, щоб запобігти спрацьовуванню сигналізації, накинув металеву перемичку на шини трансформатора, внаслідок цього трансформатор згорів. В подальшому відповідно до розподілу ролей Іван в склад не проникав, залишився біля нього на чатах, інші ж учасники групи вчинили розкрадання на суму 5.000 грн. Умислом Івана повинні охоплюватися наслідки не лише його власних дій у вигляді шкоди від пошкодження трансформатора, а й наслідки розкрадання, співучасником якого він був. Так само і умислом інших співучасників повинна охоплюватися шкода, заподіяна Іваном для того, щоб забезпечити успішне здійснення ними розкрадання. Лише в такому випадку можна вести мову про наявність цієї суб’єктивної ознаки співучасті.

**3) кожен із співучасників бажає або свідомо припускає настання суспільно небезпечних наслідків спільного посягання.** При вчиненні злочину у співучасті кожний із учасників злочину діє умисно, але вид умислу, мотиви та мета дій можуть не співпадати. В теорії кримінального права не досягнуто єдності думок про вид умислу при вчиненні злочину у співучасті. Висловлюється позиція, що співучасть характеризується лише прямим умислом. Обгрунтовуючи її, М.І.Ковальов пише, що співучасник, усвідомлюючи, що його дії сприяють вчиненню злочину, не може свідомо допускати, що в ньому приймає участь. Якщо він сприяє злочину, або підмовляє до нього, то він бажає цього[[62]](#footnote-62). Видається, що при цьому не враховується, що вид умислу визначається ставленням до кінцевих наслідків посягання, а не мотивами і метою дій особи, її бажанням викликати певну поведінку іншого співучасника або сприяти їй. Тому більш переконливою видається позиція тих криміналістів, які вважають, що співучасть є там, де винний або бажає, або свідомо допускає настання наслідків спільного посягання, тобто діє або з прямим, або з непрямими умислом.

### 

**Схема: Зміст умислу при співучасті**

Зміст умислу при співучасті

своєї дії або бездіяльності

дії або бездіяльності інших співучасників

Особа усвідомлює суспільно небезпечний характер:

Викликані поведінкою виконавця - наслідки спільного вчинення злочину

своєї власної дії або бездіяльності

Особа передбачає суспільно-небезпечні наслідки:

Бажає або свідомо допускає настання наслідків спільного вчинення злочину

Бажає настання наслідків своєї власної дії або бездіяльності

Особа бажає або свідомо допускає наслідки:

Злочини, при вчиненні яких співучасть не може мати місця (випадки, коли вчинення злочину кількома особами не є співучастю)

Виділення ознак співучасті дозволяє виявити і ті випадки, коли вчинення злочину кількома особами не є співучастю, і , відповідно, кожна особа відповідає за злочин, вчинений індивідуально. До таких випадків відносяться:

**1. Вчинення злочину лише однією деліктоздатною особою.** Співучасть у злочині передбачає поєднання волі і свідомості кількох осіб, кожна з яких підлягає кримінальній відповідальності. Кримінальний закон надає значення волевиявленню лише осіб, наділених ознаками суб’єкта злочину, які діють винно. Участь же у вчиненні злочину лише однієї деліктоздатної особи з залученням неосудних, малолітніх, осіб, які діють без вини не є співучастю. Разом із тим, при кваліфікації дій винного слід враховувати, що об’єктивна сторона злочину виконувалася не однією особою, про що детальніше буде сказано далі.

Інша ситуація має місце у випадку, коли злочин вчиняється кількома особами, але всі співучасники, крім одного, не притягаються до кримінальної відповідальності чи звільняються від неї в зв’язку з процесуальними перепонами - відсутністю згоди на притягнення певних осіб до кримінальної відповідальності, імунітетом від кримінальної юрисдикції нашої держави, відсутністю скарги потерпілого в справах про злочини приватного звинувачення, звільненням від кримінальної відповідальності тощо. Якщо в раніше розглянутому випадку вже на момент вчинення злочину були відсутні вольові діяння двох чи більше осіб, то в даному разі саме посягання вчиняється з участю кількох осіб і є всі підстави визнавати його вчиненим у співучасті;

**2. Спільне вчинення кількома особами необережного злочину.** Неможливість співучасті у злочинах, які вчиняються з необережності, однозначно випливає з поняття співучасті, яке міститься в ст.26 КК. Спроби обгрунтувати співучасть у необережних злочинах мали місце і в історії кримінального права, і порівняно недавно[[63]](#footnote-63), однак вони не знайшли підтримки.

Випадки, коли суспільно-небезпечні наслідки заподіюються завдяки необережним діянням кількох осіб непоодинокі. Таке необережне співзаподіяння буває принаймні двох видів, які можуть бути названі *«послідовне»* і *«паралельне».*

В першому випадку, діяння однієї особи створює умови для необережного заподіяння шкоди іншою особою. Наприклад, одна медсестра в шафу з ліками кладе отруйний препарат, а інша, вважаючи його ліками, вводить хворому від чого настає смерть. В іншому випадку одночасні порушення кількох осіб тягнуть за собою суспільно - небезпечні наслідки. Так, двоє водіїв, управляють автомобілями з несправними гальмами й допускають зіткнення.

**Схема: Необережне співзаподіяння**

Необережне співзаподіяння

Створення умов для діяння іншої особи

Суспільно-небезпечний наслідок

Суспільно-небезпечний наслідок

Діяння, яке безпосередньо заподіює шкоду

“Паралельне”:

“Послідовне”:

Діяння

іншої особи

Діяння

однієї особи

Однак і при «послідовному», і при «паралельному» співзаподіянні шкоди відсутня спільність посягання, немає об’єднання волі і зусиль учасників. Тому в таких випадках кожний відповідає за свої дії самостійно. Причому при *«послідовному»* співзаподіянні той, хто створив умови для подальшої поведінки безпосереднього заподіювача як правило не підлягає кримінальній відповідальності через відсутність причинового зв’язку - адже в його розвиток втручається самостійний фактор - діяльність іншої особи. При «паралельному» ж заподіянні можлива ситуація, коли діяння кожної із осіб недостатньо для спричинення наслідків, їх породжує лише спільна поведінка. Так, в одній із справ про забруднення водойм було встановлено, що масова загибель риби настала від забруднення озера отрутохімікатами, що потратили в нього з вини головних агрономів двох колгоспів. Причому кількості забруднюючих речовин, яка потрапила в воду внаслідок діяння кожного з них окремо, недостатньо для заподіяння такої шкоди. При таких обставинах необережне співзаподіяння не може тягти кримінальної відповідальності, адже вона не може наставати за чужі дії, а між діями кожної особи і наслідками, які настали, немає причинового зв’язку. Зовсім інша оцінка мала б місце при умисному заподіянні шкоди при тих же обставинах. Тоді зусилля кожного з учасників посягання доповнювали б один одного, мав би місце єдиний злочинний результат, який вмінюється кожному із співучасників.

**3. Використання необережності іншої особи для вчинення злочину.** При співучасті всі співучасники повинні діяти умисно. Тому відсутня співучасть у випадках використання для вчинення злочину необережності іншої особи. Наприклад, сторож засинає під час чергування, а злодій, скориставшись цим, вчиняє крадіжку. Підстав вважати їх співучасниками крадіжки немає, оскільки кожний вчиняє окремі, не пов’язані між собою посягання - сторож - порушення обов’язків щодо охорони майна, а злодій - крадіжку чужого майна.

**4. Відсутність сумісності посягання** - зв’язку між діями осіб, які вчиняють злочин. Якщо дії кількох осіб чисто випадково збігаються в часі і місці, відсутнє об’єднання зусиль для вчинення єдиного злочину, то співучасті немає, кожен відповідає за своє посягання самостійно. Так, після пошкодження продуктопроводу, вчиненого однією особою з метою викрадення бензину, до нього прийшли десятки жителів найближчого села, кожний з яких набирав пальне для себе. В даному випадку викрадення чужого майна вчиняється без співучасті - відсутні її об’єктивні ознаки.

Так само немає співучасті і в ситуації, коли хтось приєднується до посягання іншої особи, яке становить собою закінчений злочин - посягає на об’єкт, який є «беззахисним» внаслідок першого злочину. Наприклад, потерпілий від розбійного нападу лежить непритомний і перехожий викрадає в нього речі, якими не заволодів розбійник.

**5. Відсутність двохстороннього суб’єктивного зв’язку між особами, з участю яких вчиняється злочин.** Можливі ситуації, коли об’єктивно одна особа сприяє іншій у вчиненні злочину. Наприклад, надаються знаряддя, які згодом помимо волі власника використовуються при вчиненні посягання. Або виконавець користується сприянням пособника, не усвідомлюючи, що таке сприяння надається іншою особою. Очевидно, що при цьому відсутні суб’єктивні ознаки співучасті, зокрема, через брак поінформованості про вчинення злочину кількома особами, немає усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння не лише свого, а й інших співучасників злочину. Тому відповідні посягання не кваліфікуються, як вчинені у співучасті, однак виникає питання про оцінку дій кожної з осіб. Якщо кваліфікація дій того, хто діяв, не усвідомлюючи факт співучасті особливих проблем не викликає, то оцінка дій особи, яка використовує таку неусвідомлену співучасть потребує окремого аналізу, який буде зроблений згодом.

Відсутність двостороннього суб’єктивного зв’язку між особами, з участю яких вчиняється злочин

Вчинення злочину внаслідок такого схилення

Вчинення злочину з використанням такого сприяння

Схилення до вчинення злочину особи, яка не усвідомлює, що її схиляють до злочину

Діяння осіб, які не усвідомлюють, що вони сприяють злочину

Співвідношення співучасті у злочині і деяких посягань, передбачених нормами Особливої частини

В нормах Особливої частини кримінального законодавства встановлена відповідальність за посягання, які «нагадують» діяльність співучасників злочину тим, що полягають у впливі на інших осіб чи наданні їм сприяння. Мова йде про злочини, об’єктивна сторона яких полягає у «втягненні» (ст. 304 КК), «схилянні» (ст.315 КК), «примушуванні» (ст.280 КК), «закликах» (ч. 2 ст. 109, 436, 295 КК), «втручанні» (ст.376,), “впливі” (ст.343 КК) «придбанні або збуті майна» (ст.198 КК), «організації або утриманні місць» (ст.317 , ст.322 КК) і т.д. В зв’язку з цим виникає потреба відмежувати відповідні діяння від підбурювання до певних злочинів, їх організації чи пособництва в них. При цьому важливими видаються такі положення.

Співучасть у злочині передбачає по-перше, *вплив на конкретну особу*, яка повинна виступити як виконавець чи інший співучасник злочину. Діяння ж, які полягають у закликах, схилянні тощо можуть бути адресовані як до певної особи, так і до невизначеного кола осіб. Тобто, при цьому відсутній не лише двохстороній, а навіть і односторонній зв’язок між особами.

По- друге, співучасть - це спільне вчинення *певного злочину*. Не існує співучасті взагалі, вона завжди конкретна, стосується злочину, який повинен бути виконаний у той чи інший час, в тому чи іншому місці, полягати у вчиненні обумовлених співучасниками діянь тощо. Розглядувані ж посягання спрямовані на те, щоб викликати бажану поведінку особи, яка зовсім не обов’язково має полягати у вчиненні визначеного в часі і місці діяння. Наприклад, втягуючи неповнолітнього в злочинну діяльність - навчаючи його прийомам кишенькових крадіжок - винний звичайно не знає, коли будуть застосовані отримані «знання», де і стосовно кого буде вчинено злочин. Особа, яка придбала майно, завідомо здобуте злочинним шляхом може й не відати про те, де й коли, в кого, ким воно було викрадене. До того ж, сама собою поведінка, яку прагне викликати винний, може й не бути злочинною, а становити адміністративний проступок.

По-третє, співучасть - це участь у злочині *декількох суб′єктів злочину*, тобто тих, хто підлягає кримінальній відповідальності. Інакше кажучи, співучасть має місце тоді, коли в одному злочині є збіг кількох злочинців. Діяння ж, про які йде мова, можуть вчинятися і стосовно осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності, зокрема, малолітніх.

Нарешті, по-четверте, закон визначає співучасть як *успішну, результативну діяльність*. Скоєне кваліфікується як посягання, вчинене у співучасті за умови, що виконавець вчинив дії, які є злочинними. В той же час аналізовані діяння тягнуть кримінальну відповідальність незалежно від того, наскільки ефективними вони були, безвідносно до того, вдалося чи не вдалося винному викликати відповідну поведінку в тих, кого він схиляв, втягував, примушував, закликав, звертався чи не звертався хтось в відповідні «місця».

Можливі ситуації, коли передбачені нормами Особливої частини розглядувані посягання одночасно містять і ознаки співучасті у злочині. Наприклад, у справі Ю. встановлено, що він протягом кількох тижнів навчав двох неповнолітніх - Л. та Д.- способам таємного проникнення в житло громадян, розказував про найбільш ймовірні місця переховування ціностей, інструктував, що слід робити злодію, коли його несподівано застануть на місці крадіжки. Коли Л. та д. на думку Ю. досягли належного рівня підготовки, він організував вчинення ними квартирної крадіжки. В таких випадках *скоєне слід кваліфікувати за сукупністю норм, які встановлюють відповідальність за співучасть у конкретному злочині, та які передбачають відповідальність за відповідні діяння, подібні до співучасті.* В наведеному вище прикладі - це ч.3 ст. 27 - ч.3 ст.185, ст.304 КК України.

Класифікація співучасті і її значення для кваліфікації злочинів співучасників

В житті зустрічаються дуже різноманітні прояви спільного вчинення злочину, таку різноманітність відображає і кримінальне законодавство. Тому для дальшого з’ясування поняття співучасті у злочині доцільно її класифікувати за різними підставами. В цілях цієї роботи слід зосередитися на тих класифікаціях, які враховуються при кваліфікації скоєного.

Насамперед, розрізняється співучасть ***за формою її відображення і врахування (вираження) в кримінальному законі.*** Положення про співучасть у злочині поміщені як в Загальній частині кримінального закону, так і в його Особливій частині. Співучасть, передбачену нормами Загальної частини, називають ще *співучастю у власному чи співучастю в тісному розумінні слова*. Вона характерна тим, що окремі учасники злочину (підбурювач, організатор, пособник) не виконують складу посягання, передбаченого нормами Особливої частини, і виникає потреба обґрунтувати відповідальність за таку злочинну діяльність. При цьому загальновизнано, що в таких випадках караність посягання визначається сукупністю положень, які містяться і в Загальній частині (ст.27 КК), і в Особливій частині (що стосуються спільно вчинюваного посягання, об’єктивну сторону якого завершує виконавець злочину). Специфіку суспільної небезпеки такої співучасті слід враховувати, виходячи перш за все з небезпеки посягання виконавця, в межах санкції норми, яка передбачає вчинений ним злочин. При цьому всі злочини, вчинені у співучасті, яка передбачена нормами Загальної частини, можуть бути вчинені і без співучасті - одноособово.

Нормами ж Особливої частини регламентується співучасть (її прийнято називати *співучастю особливого роду*) в тих випадках, коли об’єднання кількох осіб для вчинення злочину суттєво збільшує суспільну небезпеку сумісної злочинної діяльності[[64]](#footnote-64) -настільки, що це потрібно врахувати при побудові санкції кримінально-правової норми. Відповідні злочини можуть бути вчинені лише у співучасті, вона для цих посягань є необхідною ознакою посягання. Отже, злочини, щодо яких нормами Особливої частини передбачено їх вчинення у співучасті, не можуть бути вчинені однією особою. Це стосується і тих випадків, коли відповідні норми передбачають діяльність кількох осіб, які спільно виконують об’єктивну сторону злочину (для їх позначення закон використовує вказівку на вчинення злочину «групою осіб», «за попереднім зговором групою осіб», «організованою групою», а також окремими видами злочинних організацій), так і тих, коли одна особа спонукає інших до злочинної діяльності, керує їх злочинами, надає сприяння (а у відповідних нормах передбачена відповідальність за «організацію», «керівництво», «фінансування», «постачання» тощо).

В цих випадках, як відзначав М.Д.Шаргородський, в діях кожної особи, які сумісно вчинили злочин, є склад, передбачений статтею Особливої частини, для кваліфікації їх діянь в інституті співучасті немає необхідності[[65]](#footnote-65). Це твердження - точніше, його остання частина - потребує уточнення. Для кваліфікації співучасті, передбаченої нормами Особливої частини немає потреби посилатися на відповідний інститут, передбачений нормами Загальної частини (ст.27 КК), однак немає підстав говорити, що в таких випадках взагалі немає необхідності в інституті співучасті. Адже кваліфікація співучасті, передбаченої нормами Особливої частини, передбачає врахування специфічних положень, які вироблені стосовно саме такої співучасті - співучасті особливого роду.

Тому положення про співучасть, які передбачені в Загальній частині, не поширюються на всі випадки спільної умисної участі двох або більше осіб у вчиненні злочину - принаймні вони не стосуються співучасті, регламентованої нормами Особливої частини.

Співучасть може бути класифікована і ***за ступенем згуртованості учасників спільно вчинюваного злочину, організованості, стійкості їх об’єднання***. Така класифікація називається в теорії кримінального права класифікацією за *формою співучасті,* чинним КК вона відображена в ст.28 КК. Очевидно, що суспільна небезпека «одноразової» співучасті - коли співучасники об’єдналися для вчинення одного злочину, чи навіть заздалегідь домовилися про спільне вчинення злочину, істотно відрізняється від організованих форм співучасті, при яких учасники утворюють більш чи менш стійкі групи для неодноразового вчинення злочинів чи постійно займаються злочинною діяльністю. Стійкість, організованість співучасників є не лише підставою для призначення їм більш суворого покарання в межах санкції статті Особливої частини, а й повинна враховуватися при кваліфікації посягання - особі мають інкримінуватися не лише наслідки її власних дій, але й наслідки спільного посягання, наслідки діяльності інших учасників стійкої злочинної групи. Причому це має стосуватися як випадків організованої співучасті, передбачених нормами Особливої частини (такими є вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією), так і такої співучасті, яка спеціально не виділена в нормах про відповідальність за окремі злочини.

Оскільки законодавець сам виділяє форми співучасті, то це має відображатися в формулі кваліфікації шляхом посилання на відповідну частину ст.28 КК в тих випадках, коли вона ця обставина не врахована нормою Особливої частини КК.

В плані кваліфікації має сенс і ***виділення видів співучасті за характером ролей, що їх виконують окремі співучасники***[[66]](#footnote-66). Види співучасників - виконавця, організатора, підбурювача, пособника - виділяє сам закон в ст.27 КК. Такий поділ звичайно застосовується лише стосовно співучасті, передбаченої Загальною частиною кримінального права. Хоча і при характеристиці співучасті особливого роду користуються відповідною термінологією, виконавцем злочину називають і суб’єкта злочину, вчиненого однією особою.

Вид співучасника має відображатися при кваліфікації шляхом посилання на відповідну частину цієї статті. Слід відзначити, що характер поведінки учасників спільного злочину враховується лише при кваліфікації співучасті, передбаченої нормами Загальної частини. Для співучасті, передбаченої в Особливій частині кримінального закону, специфічне те, що незалежно від характеру виконуваних ролей, кожен учасник такого злочину прирівнюється до виконавця. Це, однак не виключає того, що і в посяганнях, відповідальність за спільне вчинення яких передбачена нормами Особливої частини, можуть приймати участь інші співучасники, відповідальність яких регламентується ст.27 КК. Наприклад, може бути організатор крадіжки, вчинюваної за попереднім зговором групою осіб, чи пособник бандитизму. Однак в організованих формах співучасті організатор та підмовник до злочину виступають як учасники організованої групи чи злочинної організації, їх дії повністю охоплюються нормами Особливої частини й не кваліфікуються з посиланням на ст.27 КК.

**СХЕМА: Види співучасті**

**Види співучасті**

За ступенем згуртованості учасників

За характером

ролей

Виконавець

Підбурювач

Організатор

Пособник

Залежно від того, чи може бути вчинюваний злочин без співучасті

Альтернативна співучасть

Необхідна співучасть

За формою вираження в кримінальному законі

Співучасть як інститут Загальної частини

Проста

Організована

Співучасть Особливого роду

Передбачені Особливою частиною організаторські підбурювальні, пособницькі дії

Група осіб

Група, що діє за попереднім зговором

Злочинна організація

Організована група

Підстава кримінальної відповідальності за злочини, вчинені у співучасті

В теорії кримінального права поширена думка, що співучасть не створює якихось особливих підстав кримінальної відповідальності. Вона передбачає застосування загальних принципів відповідальності за кримінальним правом[[67]](#footnote-67). Це означає, що на посягання співучасників поширюються вироблені в теорії кримінального права та на практиці положення, що стосуються врахування стадії вчинення злочину, помилки і т.д. Підставою ж кримінальної відповідальності визнається склад злочину, наявний в посяганні особи, яка вчинила злочин.

В нормах Особливої частини склади злочинів описані виходячи з того, що вони вчинені однією особою, яка до того ж власними діяннями виконує об’єктивну сторону посягання. Прийнято вважати, що при вчиненні злочину у співучасті всі ознаки складу злочину наявні лише у діянні виконавця. В діянні ж пособника, організатора, підбурювача злочину відсутні всі ознаки складу відповідного злочину, вказані в диспозиції статті Особливої частини. Вони особисто не виконують передбачене нею суспільно небезпечне діяння, а лише вчиняють підбурювальні, організаторські або пособницькі дії, вказані в ст.27 КК. При цьому не використовується притаманний для певного посягання спосіб вчинення злочину, посягання співучасника не характеризується відповідними часом, місцем, обстановкою вчинення злочину. Якщо певні інструменти, пристрої для виконавця виступають знаряддями (засобами) вчинення злочину, то для пособника, організатора, підбурювача вони є предметом, стосовно якого вчиняється діяння. Злочинні наслідки настають завдяки тому, що посягання виконується завдяки спільному вчиненню злочину всіма співучасниками, а безпосередньою їх причиною є діяння виконавця. Підбурювач, організатор, пособник особисто не вражають предмет злочину чи потерпілого, які названі в диспозиції статті Особливої частини. Інші, крім виконавця, співучасники можуть бути не наділені ознаками спеціального суб’єкта злочину, в їх посяганні можуть бути відсутні мотив і мета, які є обов’язковими ознаками складу злочину. Таким чином, інші співучасники склад злочину виконують лише сукупними діяннями, завдяки тому, що їх поведінка поєднується з діянням виконавця.

Сказане можна проілюструвати схемою, яка розвиває раніше викладену схему про спільність вчинення злочину при співучасті:

**Схема: Склад злочину в діянні співучасників**

Підбурювач

Організатор

Пособник

Виконавець

Наслідки спільного посягання

Об’єкт

Ознаки спеціа-льного суб’єкта

Мета

злочину

Мотив

злочину

Потерпілий від злочину

Предмет злочину

Місце вчинення злочину

Час вчинення злочину

Спосіб вчи-нення злочину

Дія або бездіяльність

Загальні ознаки суб’єкта

Знаряддя, засо-би вчинення злочину

Ознаки, не вказані в диспозиції статті Особливої частини, а

передбачені в ст. 27 КК

Ознаки, вказані в диспозиції статті Особливої частини

Обгрунтованим тому є твердження, що склад злочину в діянні підбурювача, організатора, пособника злочину передбачений як відповідною частиною ст.27 КК, так і нормою Особливої частини про злочин, вчинений виконавцем. Звідси випливає висновок, важливий для кримінально-правової оцінки дій вказаних співучасників - їх посягання належить кваліфікувати за частиною 3(4,5) ст.27 КК та нормою Особливої частини про злочин, вчинений виконавцем.

Посягання ж виконавця за пануючою в теорії кримінального права та на практиці позицією кваліфікуються лише за статтею Особливої частини незалежно від того, вчинений злочин одноосібно, чи в співучасті. Разом із тим, така кваліфікація у випадку співучасті далеко не бездоганна, оскільки не відображає той факт, що злочин вчинений не однією особою, що посягання виконавця стало можливим лише завдяки відповідним діям інших співучасників. Є підстави вважати, що склад злочину, вчиненого виконавцем (а тим більше, співвиконавцем) при співучасті, передбачений не лише відповідною нормою Особливої частини, а й ст.27 КК. Інакше неможливо обгрунтувати наявність причинового зв’язку у таких злочинах. Такий зв’язок виходить за межі того, що передбачене лише нормою Особливої частини. Тому, дії і виконавця та співвиконавця злочину, вчиненого у співучасті, належить кваліфікувати за ч.2 ст.27 КК і відповідною нормою Особливої частини.

Випадки, коли посягання співучасників кваліфікуються за різними нормами Особливої частини

Оскільки всі співучасники спільно вчиняють один і той же злочин, то, за загальним правилом, всі вони несуть відповідальність за однією і тією ж нормою Особливої частини (статтею, частиною статті, пунктом статті). В теорії кримінального права найбільш поширеною є думка, що вітчизняне кримінальне права стоїть на засадах так званої акцесорної теорії співучасті, відповідно з якою дії всіх співучасників кваліфікуються за нормою Особливої частини, яка вміняється виконавцю злочину.

Разом із тим, виконавець та інші співучасники далеко не завжди відповідають за однією і тією ж нормою Особливої частини. Вчинення ними одного і того ж злочину не обов’язково означає, що цей злочин передбачений однією і тією ж статтею кримінального закону. Від викладеного вище правила, про те, що кваліфікація всіх співучасників визначається кваліфікацією діяння виконавця злочину, допускаються відступи. Вони обумовлені пануванням у вітчизняному кримінальному праві принципу суб’єктивного вмінення та тим, що кваліфікація дій кожного учасника злочину носить індивідуальний характер.

Можливі ситуації, **коли виконавець та інші співучасники, або кілька співвиконавців неоднаково усвідомлюють суспільно небезпечний характер своєї дії або бездіяльності**. Таке усвідомлення може насамперед стосуватися наявності кваліфікуючих ознак посягання. Якщо певні обставини не охоплювалися виною особи, то вони, будучи обов’язковими ознаками складу злочину, не можуть бути враховані при кваліфікації її діяння. Так, підбурювач до вбивства жінки, яка завідомо для винного перебувала в стані вагітності, не повідомляє виконавцю про цю обставину, умислом останнього не охоплюється наявність цієї ознаки складу злочину, передбаченої п. 2 ч.2 ст. 115 КК. Очевидно, що виконавець злочину в силу положень, закріплених в ст.11 КК, не може нести відповідальність за цей вид умисного вбивства при обтяжуючих обставинах.

Також за різними нормами Особливої частини кваліфікуються діяння співучасників тоді, **коли окремі з них допускають помилку у визначенні фактичних обставин справи**. Відомо, що помилка впливає на оцінку дій лише тієї особи, яка її допустила і не може враховуватися при кваліфікації посягання інших співучасників. Так, в літературі описаний приклад крадіжки комп’ютера двома злодіями При цьому один із них, думав, що він належить державній організації, а отже вважав свої дії крадіжкою державного майна, вчиненим у значних розмірах, а на думку іншого комп’ютер був власністю громадянина, своє ж посягання він оцінював як крадіжку приватного майна, що завдала значної шкоди потерпілому. Оскільки при кваліфікації необхідно враховувати спрямованість умислу винного, то дії першого злодія були кваліфіковані як крадіжка, вчинена за попередньою змовою групою осіб (за ч.2 ст.185 КК), а другого - як крадіжка, вчинена за попередньою змовою групою осіб, та така, що завдала значної шкоди потерпілому (за ч.3 ст.185 КК). При цьому дії того з них, хто допустив помилку у визначенні об’єкта посягання, кваліфікуються як замах на вчинення того злочину, який він прагнув виконати.

**Вчинення посягання з альтернативним чи неконкретизованим умислом також може бути підставою кваліфікації посягання окремих співучасників за різними нормами Особливої частини**. У випадку вчинення закінченого злочину діяння всіх співучасників кваліфікуються з врахуванням фактично заподіяної шкоди і всі несуть відповідальність за однією і тією ж нормою Особливої частини. Коли ж злочин не завершений, і при цьому умисел одних співучасників неконкретизований або альтернативний, а інших - конкретизований або безальтернативний, а відповідальність в законі диференційована залежно від характеру та розміру заподіяної шкоди, то це впливає на кваліфікацію. *Діяння тих співучасників, які беруть участь у незавершеному посяганні діючи з неконкретизованим чи альтернативним умислом, кваліфікуються за нормою Особливої частини, яка передбачає найменш небезпечний вид злочину. Співучасники ж, які вчиняють посягання з конкретизованим чи безальтернативним умислом, відповідають за нормою Особливої частини, яка передбачає фактично заподіяну шкоду.*

За різними нормами Особливої частини співучасники несуть відповідальність і тоді, **коли має місце ексцес в діях когось із них**. Всі співучасники відповідають в межах змови, той же, хто допустив ексцес (не обов’язково виконавець, як про це переважно пишуть в літературі), несе відповідальність і за нормами, які передбачають такий ексцес.

Також за різними нормами Особливої частини кваліфікуються посягання співучасників тоді, **коли має місце відхилення дії.** Зрозуміло, що шкода, заподіяна «відхиленою дією» охоплюється умислом або необережністю лише тієї особи, яка виконувала таку дію. Тому лише виконавець злочину може нести відповідальність за злочини, вчинені в зв’язку з відхиленням дії.

*Індивідуальні особливості, які характеризують особу певного учасника спільного злочину і впливають лише на його відповідальність, за загальним правилом не можуть враховуватися при кваліфікації дій інших співучасників* (хоча це положення потребує конкретизації і буде висвітлене окремо). Тому статті Особливої частини, які передбачають врахування таких особливостей, інкримінуються лише певному співучаснику, і за ними не кваліфікується посягання інших учасників того ж самого злочину. Так, за ст.117 КК можуть бути кваліфіковані діяння лише матері новонародженої дитини, інші ж співучасники такого вбивства відповідають не за привілейований, а за простий чи кваліфікований вид вбивства. Не інкримінуються іншим співучасникам норми, які передбачають відповідальність з врахуванням повторності посягання, наявності рецидиву.

Нарешті, за *різними нормами Особливої частини діяння співучасників можуть кваліфікуватися в зв’язку з тим, що одні з них досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за злочин, вчинюваний у співучасті, а інші - ні.*

**Схема: Випадки, коли діяння співучасників кваліфікуються за різними нормами Особливої частини**

Випадки коли діяння співучасників кваліфікуються за різними нормами Особливої частини

В зв’язку з відмінностями в усвідомленні кваліфікуючих ознак злочину

Передба-чення вчинення простого виду злочину

Передба-чення вчинення кваліфікованого виду злочину

Кваліфікація за нормою, яка передбачає кваліфікрваний вид злочину

Кваліфікація за нормою, яка передбачає простий вид злочину

В зв’язку з помилкою окремих співучасників

Кваліфікація дій співучасника, який не допустив помилку, за нормою Особливої частини, що передбачає фактично вчинений злочин

Кваліфікація дій співучасника, який допустив помилку, за нормою Особливої частини, що передбачає злочин, що його бажав вчинити винний

В зв’язку з наявністю у співучасника ознак, які впливають лише на його відповідальність

Кваліфікація дій співучасника з врахуванням його індивідуальних ознак

Кваліфікація дій співучасника за нормою Особливої частини, що не передбачає індивідуальних ознак

При

“відхиленні дії”

В зв’язку з різним віком, з якого може наставати кримінальна відповідальність

В зв’язку з ексцесом співучасників

Співучасники, які допустили ексцес

Кваліфікація за нормою, що передбачає готування або замах при даному виді умислу

Кваліфікація за нормою, що передбачає готування або замах до найменш тяж-кого злочину

Кваліфікація з врахуванням допущеного ексцесу

Кваліфікація в межах “змови” (за нормою про злочин, про спільне вчинення кого змовилися співучасники)

Співучасники, які не допустили ексцесу

В зв’язку з наявністю альтернативного умислу при співучасті у незакінченому злочині

Співучасник, який діє з альтернати-вним чи неконкретизо-ваним умислом

Співучасник, який діє з конкретизова-ним, безальтернати-вним умислом

Загальні правила кваліфікації злочинів, вчинених у співучастиі

З викладеного вище випливає, що при кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, необхідно:

1) встановити, чи має місце співучасть;

2) визначити вид співучасті і встановити, кваліфікується вона з посиланням на ст.27 КК чи лише за нормою Особливої частини;

3) становити вид співучасника і при необхідності посилання при кваліфікації на ст.27 КК визначити частину цієї статті;

4) встановити форму співучасті та при необхідності посилання при кваліфікації на ст.28 КК визначити частину цієї статті;

5) з’ясувати, який злочин вчинено співучасниками і якою нормою Особливої частини він передбачений;

6) визначити, чи всі співучасники відповідають за однією і тією ж нормою Особливої частини, чи за різними і якщо так, то за якими саме.

Діяння кожного із співучасників кваліфікуються окремо. До того ж самостійній кваліфікації підлягає кожний із вчинених в співучасті чи без неї злочинів.

## 5.2. Кваліфікація співучасті з врахуванням виду співучасника

Поняття "вид співучасника"

Співучасники діляться на види в залежності від характеру виконуваних ролей. В свою чергу роль кожного співучасника й тим самим вид співучасника визначається з врахуванням тих дій, які вчиняє винний в ході злочинного посягання.

Виділення видів співучасників має значення стосовно співучасті з розподілом ролей - співучасті в тісному розумінні слова. При співвиконавстві та співучасті особливого роду всі учасники злочину, які виконують дії, описані в диспозиції статті Особливої частини, виступають в якості виконавців злочину. Це однак, не виключає того, що й у таких злочинах є співучасники інших видів.

В окремих злочинах можуть бути відсутні всі види співучасників, або ж навпаки, буде кілька співучасників одного й того ж виду.

Може мати місце й ситуація, коли в одній і тій же особі "збігається" кілька видів співучасників, тобто вона відіграє кілька ролей одночасно (наприклад, підбурювач водночас є й одним із виконавців цього злочину).

Види співучасників

Чинне законодавство виділяє чотири види співучасників:

1. виконавець (співвиконавець) злочину;

2. підбурювач до злочину;

3. організатор злочину;

4. пособник злочину.

В теорії кримінального права та в слідчо-прокурорській і судовій практиці виділяють ще й *ініціатора* (зачинщика) злочину. В літературі правильно підкреслюється, що ініціатор - це не окремий вид співучасника, а додаткова характеристика виконавця, підбурювача чи організатора, яка свідчить про підвищену суспільну небезпечність особи[[68]](#footnote-68). Тому немає потреби окремо розглядати питання кваліфікації дій ініціатора злочину як ідеального - того, хто першим подав пропозицію про спільне вчинення злочину, так і реального - того, який розпочав його виконання.

Існує певна специфіка у виділенні видів співучасників стосовно злочинних організацій. Сам кримінальний закон в нормах Особливої частини виділяє:

1) осіб, які є організаторами таких співтовариств, займаються їх створенням;

2) осіб, які керують злочинною організацією;

3) учасників;

4). осіб, що приймають участь у злочинах, вчинюваних злочинною організацією;

5) осіб, що займаються фінансуванням, постачанням злочинних організацій;

Причому жодної лінії (єдиного підходу) в виділенні видів співучасників злочинних організацій чинне кримінальне законодавство не проводить. Так, передбачене в окремих нормах (ст 256, ч.3 ст.260 КК) фінансування, постачання злочинної організації, воєнізованого або збройного формування. Водночас, такі дії не становлять собою окремого злочину при наданні відновідного сприяння банді.

Поняття та ознаки виконавця злочину

Про виконавця злочину говорять лише щодо злочинів, вчинених у співучасті. Коли йдеться про вчинення злочину поза співучастю (однособово чи коли діяльність кількох осіб не визнається співучастю), то особу, яка вчиняє таке посягання, називається не виконавцем, а просто суб’єктом злочину.

Поняття виконавця злочину наведене в ч.2 ст.27 КК: виконавцем є особа, яка у співучасті з іншими суб’єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин, передбачений цим Кодексом. Таке визначення можна конкретизувати, розкривши ознаки, з використанням яких воно сконструйоване. Такі ознаки полягають у вказівці на те, кого слід вважати *особою*, що таке *вчинення злочину* та яке вчинення вважається *безпосереднім,*  що слід розуміти під *використанням інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне*.

***Особа*** - виконавець злочину - це, як і будь-який інший співучасник, той, хто наділений ознаками суб'єкта злочину. Виконавцем злочину не може визнаватися особа, яка не є фізичною, не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, неосудна. Якщо норма Особливої частини передбачає відповідальність спеціального суб’єкта злочину, то саме виконавець повинен бути наділений ознаками такого суб’єкта.

Під ***вчиненням злочину*** слід розуміти вчинення закінченого посягання, замаху на злочин, готування до злочину. Причому, стадія вчинення злочину для кожного із співучасників визначається в залежності від стадії, що її досягнув виконавець. Тому, наприклад, пособник не може нести відповідальність за закінчений злочин навіть якщо він виконав усі пособницькі дії, але виконавець не досягнув стадії закінченого злочину.

***Безпосереднє вчинення*** злочину означає особисте виконання дій, які описані в диспозиції статті Особливої частини, становлять об'єктивну сторону злочину, або ж, при злочинній бездіяльності - невчинення дій, які особа повинна була і могла виконати. До безпосереднього вчинення злочину прирівнюється і виконання діяння з застосуванням тварин, технічних пристроїв. Так, виконавцем заподіяння тілесного ушкодження визнається особа, яка нацькувала собаку на потерпілого, виконавцем крадіжки – той, хто дав відповідну команду комп’ютеру на перерахування грошей на рахунок, що його контролює винний тощо.

До ***використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне,*** відноситься:

- залучення до вчинення злочину 1) осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність; 2) неосудних;

- вчинення дій від імені, з використання можливостей юридичних осіб.

При цьому, особи, які не підлягають кримінальній відповідальності, можуть використовуватися не лише для виконання об’єктивної сторони злочину (тобто, заміщувати виконавця), а й виступати при вчиненні злочину в ролі пособників, організаторів, підбурювачів. Тобто, будь-яке використання при вчиненні злочину тих, хто не підлягає кримінальній відповідальності, дає підставу вважати особу виконавцем злочину;

- використання помилки осіб, які сприяють вчиненню злочину, включаючи й виконання діянь, які становлять об’єктивну сторону посягання, діючи без необхідної для даного злочину форми вини. Хрестоматійним є такий приклад. Жінка на вокзалі просить пасажира допомогти їй віднести важкий чемодан. Той виконує прохання. Насправді ж виявляється, що чемодан не належить жінці, допомогу доброзичливця вона використала для здійснення крадіжки.

- використання особи, яка діє під впливом незборимої сили (фізичного примусу або відповідної погрози).

В усіх цих випадках за дії, вчинені особами, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності, не будучи суб’єктом злочину чи в зв’язку з відсутністю ознак суб’єктивної сторони посягання (так само, як і при застосуванні тварин, технічних пристроїв) як виконавець відповідає особа, які їх використовувала. При цьому має місце так зване *посереднє причинення,* особи*,* які не підлягають кримінальній відповідальності відіграють таку ж роль, як і знаряддя злочину.

В той же час немає посереднього причинення при використанні для вчинення злочину осіб, які взагалі то є суб’єктами злочину, проявляють свою волю і свідомість при виконанні відповідних дій, розуміють, у скоєному якими є об’єктивні і суб’єктивні ознаки співучасті у злочині. Тому немає підстав говорити про те, що відповідно до ч.2 ст.27 КК виконавцями повинні визнаватися особи, які для вчинення злочину використали осіб:

- не наділених ознаками спеціального суб’єкта злочину[[69]](#footnote-69);

- що не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності в зв’язку з процесуальними перепонами (відсутність скарги потерпілого в справах приватного обвинувачення, згоди на притягнення до відповідальності народного депутата, судді, військовослужбовця);

- наділених дипломатичним імунітетом від кримінального переслідування в Україні;

- які вчинили добровільну відмову чи підлягають звільненню від відповідальності в зв’язку з позитивною посткримінальною поведінкою.

В таких випадках має місце не посереднє причинення, а співучасть у злочині, коли особи, які використовують тих, хто не підлягає кримінальній відповідальності за даний злочин, все ж виступають не виконавцями злочину, а як пособники, організатори, підбурювачі. Водночас і “використані” особи відіграють роль не знарядь злочину, виступають не сліпим інструментом в чужих руках, а є співучасниками. При цьому, щоправда, може виникнути юридична фікція, коли діяння жодного з учасників злочину, вчиненого в співучасті, не кваліфікуються як дії виконавця.

Таким чином, виконавець злочину - це особа, яка:

1. є фізичною, досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, осудна, наділена ознаками спеціального суб'єкта посягання;

2. виконала закінчений злочин або вчинила замах на злочин або вчинила готування до злочину;

3. виконала об'єктивну сторону злочину повністю:

- особисто - власними діями;

- використала того, хто не досягнув віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність;

- використала неосудного;

- змусила вчинити певні дії чи утриматися від них шляхом застосування примусу, який виступає як незборима сила;

- використала того, хто діє без потрібної для даного злочину форми і виду вини, мотиву, мети.

Поняття співвиконавця злочину.

У виконанні об'єктивної сторони злочину може брати участь одразу кілька осіб. При цьому можливі різні варіанти їх участі:

1. кожен із учасників своїми діяннями повністю виконує об'єктивну сторону;

2. жоден із учасників своїми діяннями повністю об'єктивної сторони не виконує, кожний із них виконує лише частину об'єктивної сторони, в цілому ж вона має місце лише завдяки спільній діяльності кількох учасників;

3. один (чи кілька) учасників повністю виконує об'єктивну сторону посягання, інший (інші) - лише його частину.

Таким чином, в злочині може бути кілька виконавців, може бути виконавець "збірний", можлива й ситуація, коли виконавець є "частковий". Ті випадки, коли об'єктивну сторону злочину виконують кілька осіб, в теорії кримінального права та на практиці прийнято іменувати співвиконавством у злочині.

В чинному КК поняття виконавця злочину і співвиконавця не розмежовуються, в ч.2 ст.27 КК вони визначаються разом. Навряд чи це правильно.

Видається, що теоретичне і практичне значення виділення співвиконавця серед інших співучасників має тоді, коли співвиконавець повністю не виконує об'єктивної сторони злочину, тобто коли виконавець злочину "збірний" або "частковий". Виходячи з цього може бути запропоноване таке визначення аналізованого поняття: *співвиконавець злочину - це особа, яка виконує частину об'єктивної сторони злочину*.

В злочинах зі спеціальним суб'єктом співвиконавець не обов'язково повинен бути наділений ознаками такого суб'єкта. Але при цьому хоча б один із інших співвиконавців чи виконавців має виступати спеціальним суб'єктом. Так, співвиконавцем зґвалтування жінки може бути жінка, яка застосовує до потерпілої насильство, погрозу чи приводить її до безпорадного стану.

Кваліфікація посягання виконавця, співвиконавця злочину

В статтях Особливої частини кримінального закону описаний злочин, вчинений виконавцем. Тому в його посяганні є всі ознаки відповідного складу злочину й воно за практикою яка склалася і яка підтримується більшістю теоретиків, кваліфікується лише за нормою Особливої частини, без посилання на ч.2 ст.27 КК. Зараз такий підхід закріплений і в законі – в ч.1 ст.29 КК.

Разом із тим, така позиція не може бути сприйнята однозначно[[70]](#footnote-70). Вона бездоганна з точки зору підстав кримінальної відповідальності. Й водночас вразлива, оскільки не відображає факт вчинення злочину в співучасті, не характеризує роль конкретної особи у спільному злочині. Кваліфікація дій виконавця лише за нормою Особливої частини не дозволяє відрізнити ситуацій вчинення злочину однією особою і в співучасті. Як правильно відзначається в літературі, така кваліфікація дій виконавця приховує той факт, що злочин вчинив він не один, а в співучасті, що помимо виконавця є хоча б ще один злочинець - організатор, пібурювач чи пособник або ж всі одразу[[71]](#footnote-71). Крім того, важко зрозуміти, чому при співучасті в тісному розумінні слова дії всіх співучасників кваліфікуються з посиланням на відповідну частину ст.27 КК, а виконавця - без такого посилання. Це, по меншій мірі непослідовно.

Тому видається за доцільне у випадках вчинення злочину з участю кількох осіб посилатися на відповідну частину ст.27 КК, в тому числі і при кваліфікації дій виконавця злочину. Лише при співучасті особливого роду таке посилання видається лишнім, оскільки факт наявності кількох учасників посягання відображений в статті Особливої частини. Крім того, як слушно відзначається в теорії кримінального права, кваліфікація таких випадків лише за статтею Особливої частини КК обумовлена тим, що та сама ознака злочину не може двічі враховуватися при кваліфікації та при призначенні покарання[[72]](#footnote-72).

В слідчо-прокурорській та судовій практиці та кримінально-правовій теорії утвердилася думка, згідно з якою й посягання співвиконавця злочину кваліфікують лише за нормою Особливої частини[[73]](#footnote-73). Закріплений відповідний підхід і в ч.1 ст.29 КК. З такою позицією погодитися тим більш важко. Крім аргументів, висловлених з приводу кваліфікації дій виконавця злочину, вчиненого у співучасті, важливими видаються ще й такі міркування.

В діянні співвиконавців, які виконують лише частину об'єктивної сторони посягання, відсутні всі ознаки складу злочину, такий склад вони виконують лише завдяки сумісній діяльності з іншими співвиконавцями. Недостаючі ознаки складу злочину слід було б "заміщати" посиланням на відповідну норму Загальної частини. Тому діяння співвикованців злочину належить кваліфікувати з посиланням на ч.2 ст.27 КК.

Кваліфікація дій організатора, підбурювача,, пособника злочину

Кваліфікація дій організатора, підбурювача, пособника злочину звичайно не викликає особливих проблем, коли ці співучасники виступають «в чистому вигляді», тобто виконують лише одну якусь із вказаних ролей. Вони при цьому не вчиняють дій, передбачених диспозицією статті Особливої частини, їх діяльність передбачена сукупністю положень, що містяться у відповідній частині ст.27 КК та нормі Особливої частини. Склад злочину у посяганні організатора, підбурювача, пособника виконується завдяки спільній діяльності цих співучасників та виконавця. Тому, за загальним правилом, вказані співучасники несуть відповідальність за тією ж нормою Особливої частини, що й виконавець злочину.

Не викликає сумніву, що для точної вказівки на роль співучасника - організатора, підбурювача, пособника - у вчиненому злочині при кваліфікації слід посилатися не просто на ст.27 КК, а й вказувати відповідну частину цієї статті - ч.3, ч.4 або ч.5. З цього приводу М.І.Блум справедливо відзначала, що в кримінальному праві немає поняття співучасника злочину взагалі, є лише поняття окремих співучасників, перелік яких є вичерпним і ознаки кожного із них чітко описані законодавцем[[74]](#footnote-74). А оскільки закон вимагає індивідуалізації кримінальної відповідальності і покарання співучасників, при кваліфікації їх діянь потрібно відображати роль кожного з учасників злочину і у формулі кваліфікації злочину[[75]](#footnote-75).

Немає жодних підстав погоджуватися з існуючою практикою кваліфікації співучасті з посиланням лише на ст. 27 КК (ст.19 КК 1960 р.) без вказівки її частини. На жаль і в постановах пленуму Верховного Суду України, матеріалах опублікованої судової практики не лише не акцентується увага на необхідність вказувати частину статті, а проводиться лінія спрощенства. Наприклад, в частині 2 пункту 3 постанови пленуму Верховного Суду України від 27 грудня 1985 р. (з наступними змінами) «Про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень» вказано: «Організатором, підмовником і пособником можуть бути і не посадові особи, їх дії підлягають кваліфікації за статтями 19, 166 КК України».

Кваліфікація посереднього підбурювання

Відповідно до поняття, наведеного в ч.4 ст.27 КК підбурювачем є особа, яка ...схилила до вчинення злочину. В цьому визначенні прямо не сказано, в ролі співучасника якого виду повинен виступати підбурюваний. Найчастіше підбурюють особу, яка виступає виконавцем злочину. Однак підбурювати можна і до організації злочину, пособництва в ньому. Не виключене і *підбурювання до підбурювання*, яке ще можна іменувати *посереднім підбурюванням.* По одній із конкретних справ було встановленьо, що М. прагнув залучити до виконання угону автомобіля К. Не маючи на нього впливу, М. схилив Д., щоб той в свою чергу вплинув на К. І схилив останього до вчинення угону “замовленого” автомобіля, а також схилив Ж. до пособництва в цьому угоні. Тому виникає питання про кваліфікацію дій такого підбурювання, який схилив до участі в злочині не виконавця, а інших співучасників – посереднього підбурювання.

В літературі вказують, що підбурювання до підбурювання повинно кваліфікуватися як підбурювання, підбурювання до пособництва - як пособництво[[76]](#footnote-76). Видається, що така пропозиція принаймні суперечлива. При кваліфікаці опосередкованого підбурювання слід виходити не з тієї ролі, яку повинен виконувати і виконує особа, яку підбурили до вчинення злочину, а враховувати суть дій самого підбурювача. В ч.4 ст.27 КК говориться про схилення у вчиненні *злочину.* Злочином же є посягання будь-кого із співучасників, відповідно підбурювання має місце незалежно від ролі у злочині особи, яку підбурювач схилив до участі у злочині. Тому *підбурювання до підбурювання, підбурювання до організації злочину, підбурювання до пособництва у злочині слід кваліфікувати як будь-яке підбурювання - за ч.4 ст.27 та відповідною статтею Особливої частини КК.*

**Схема: Кваліфікація посереднього підбурювання**

Підбурювач

Підбурювач

Організатор

Пособник

Виконавець

Дії кваліфікуються як підбурювання до злочину незалежно від того, яку роль повинен був виконувати підбурюваний

Кваліфікація дій “організаторів”, “підбурювачів”, “посібників”, які передбачені статтями Особливої частини КК

В Особливій частині кримінального законодавства є ряд норм, що передбачають діяльність організаторів, підбурювачів, пособників як окремих злочинів. Наприклад, ч.1 ст.447 КК «Найманство» передбачає відповідальність за вербування, фінансування, матеріальне забезпечення, навчання, ...використання найманців. Вказані дії за своїм змістом є діями, які вчиняють підбурювач до злочину, його організатор, пособник. При відсутності в кримінальному законодавстві норми, передбаченої ч.1 ст.447 КК, відповідні посягання кваліфікувалися б, при наявності всіх необхідних ознак, як співучасть у злочині, відповідальність за який встановлена ч.2 ст.447 КК. Будучи прямо вказаними в диспозиції статті Особливої частини, такі дії є ознакою об’єктивної сторони злочину, особа, яка їх виконує, виступає як виконавець злочину. *Організаторські, підбурювальні, пособницькі дії, які передбачені диспозицією кримінально-правової норми кваліфікуються лише за статтею Особливої частини КК без посилання на ст.27 КК як посягання виконавця злочину.*  Той же факт, що злочин вчиняється не однією особою, відображений в формулюванні диспозиції норми, яка передбачає таку співучасть особливого роду.

Кваліфікація необхідної співучасті

Чинне законодавство передбачає випадки, коли злочини можуть вчинятися лише у співучасті. При цьому посягання кожного із співучасників передбачається самостійною кримінально-правовою нормою. Типовим (і на сьогодні єдиним) прикладом є одержання - давання хабара. Необхідний характер співучасті полягає в тому, що одна особа не може вчинити злочин, принаймні закінчене посягання. Лише злочинна діяльність кожного окремого співучасника дозволяє іншому виконати свій злочин. Так, без діяльності хабародавця немає одержання хабара, і навпаки, якщо немає особи, яка повинна одержати хабар, то відсутнє і давання хабара.

На відміну від співучасті в тісному розумінні слова, коли діяльність співучасників спрямована на те, щоб породити чи забезпечити відповідні дії виконавця, при необхідній співучасті кожна з осіб виступає як виконавець свого власного злочину. Тобто, при необхідній співучасті не діяльність кількох осіб утворює один злочин, а кілька злочинів (кожний із яких в свою чергу вчиняється одноособово, або в співучасті) утворюють необхідну співучасть.

Для злочинів, які утворюють необхідну співучасть, характерна наявність спільних ознак складу, зокрема таких, як об’єкт, предмет посягання. Неодмінною умовою таких злочинів є єдність умислу осіб, які вчиняють відповідні посягання. Характеризуючи зміст умислу при хабарництві, Пленум Верховного Суду України в п.10 постанови від 7 жовтня 1994 р.(з наступними змінами) «Про судову практику в справах про хабарництво» відзначив, що давання і одержання хабара тісно пов’язані умислами осіб, які вчиняють ці злочини. Якщо особа, надаючи службовій особі незаконну винагороду, з тих чи інших причин не усвідомлює, що вона дає хабар (наприклад, у зв’язку з обманом чи зловживанням довірою), вона не може нести відповідальність за давання хабара, а посадова особа - за одержання хабара. Дії останьої за наявності до того підстав можуть кваліфікуватися як зловживання владою чи посадовим становищем, обман покупців чи замовників, шахрайство тощо.

Таким чином, можуть бути сформульовані загальні правила кваліфікації необхідної співучасті:

*Посягання кваліфікуються за нормами, що передбачають необхідну співучасть у злочинах, якщо встановлені всі ознаки кожного із злочинів, що утворюють таку співучасть.*

*Відсутність спільних ознак вчинюваних злочинів означає, що скоєне не може бути кваліфіковане за нормами, які передбачають необхідну співучасть.*

Кваліфікація при поєднанні в одній особі функцій співучасників кількох видів

В практиці нерідкі випадки, коли інші співучасники - підбурювач, організатор, пособник - крім своєї ролі виступають ще й як виконавець чи співвиконавець злочину чи має місце інше поєднання в одній особі кількох видів співучасників. В чинному кримінальному законодавстві кваліфікація дій співучасників при поєднанні ними кількох ролей жодним чином не регламентована. Тому не можна погодитися з твердженням, що «у чинному кримінальному законодавстві існує положення про те, що дії організатора злочину, поєднані із його співвиконавством, повинні кваліфікуватися без посилання на ст.19 КК(мається на увазі КК 1960 р. – В.Н.)”[[77]](#footnote-77). Такого положення ні в раніше діючому, ні в чинному КК просто немає.

В теорії ж кримінального права і на практиці єдності поглядів щодо кваліфікації таких ситуацій не досягнуто. Висловлені позиції зводяться до того, що якійсь одній ролі співучасника слід надати перевагу й відобразити це при кваліфікації, інші ж види дій співучасника вважати поглинутими цією основною і не вказувати на них при кваліфікації.

Так, на думку Ф.Г.Бурчака виконавська діяльність поглинає собою будь-яку іншу діяльність співучасників[[78]](#footnote-78), а тому кваліфікувати посягання, в яких поєднується діяльність виконавця та співучасників інших видів, слід лише за нормою Особливої частини, тобто як дії лише виконавця злочину. З таким рішенням погодитися важко. Насамперед незрозуміло, чому ж виконавська діяльність поглинає собою іншу діяльність цього ж співучасника. Адже виконавець не обов’язково є самим небезпечним із співучасників, його діяння не найбільш широкі за змістом та об’ємом. Пропонована кваліфікація не відображає факт участі особи у злочині одночасно в кількох ролях, що безсумнівно, свідчить про підвищену суспільну небезпеку посягання. Така кваліфікація об’єктивно стоїть на заваді виконанню приписів ч.2 ст.68 КК про врахування характеру і ступеня участі кожного співучасника злочину при призначенні покарання[[79]](#footnote-79). Кваліфікації при збігу в одній особі виконавця та співучасників інших видів лише за статтею Особливої частини притаманні і вже відзначені вище недоліки - приховування того, що у злочині приймали участь і інші особи. Адже таке поєднання ролей має місце лише при участі у вчиненні злочину інших осіб - неможливо бути пособником чи організатором своїх власних злочинних діянь.

Інша поширена в теорії кримінального права думка полягає в тому, що організатор є найбільш небезпечним співучасником, його діяльність включає в себе діяльність співучасників всіх інших видів[[80]](#footnote-80). М.Й.Коржанський, формуючи ієрархічний ряд співучасників злочину і причетних до нього осіб, на чільне місце поставив саме організатора злочину і сформулював таке правило: при наявності в діяння особи різних видів співучасті і причетності діяння кваліфікується по найбільш високо поставленому з них[[81]](#footnote-81). Такого ж підходу стосовно оцінки дій організатора притримується і А.Царєгородцев. На його думку підбурювач, який схиливши виконавця до вчинення злочину, сам приймає участь у виконанні об’єктивної сторони злочину, перестає бути підбурювачем в його прямому розумінні і стає співвиконавцем. Його дії в цьому випадку слід кваліфікувати так же, як і дії основного виконавця без посилання на відповідну норму Загальної частини[[82]](#footnote-82). Інакше, на думку цього вченого, повинно вирішуватися питання стосовно організатора злочину, який не перестає бути таким навіть у випадку, якщо буде співвиконавцем організованого ним злочину[[83]](#footnote-83). Виходячи з цього пропонується діяльність організатора, який поєднує також функції інших співучасників, кваліфікувати за ч.3 ст.27 КК (виходячи з нині чинного КК – В.Н.) та нормою Особливої частини. О.Кваша також вважає, що коли підбурювач, схиливши особу до вчинення злочину, сам буде брати участь у виконання об’єктивної сторони злочину, то його підбурювальні дії будуть поглинатися виконанням злочину. Тоді ж як організація злочину, на думку цього автора, не залежно від того, чи буде організатор співвиконавцем злочинних дій, охоплює найбільший обсяг злочинних дій і має найбільший ступінь суспільної небезпечності. Виходячи з цього О.Кваша вказує, що ніякі додаткові функції, які може виконувати організатор, не збільшують ступеня його небезпечності і тому не повинні змінювати кваліфікацію дій останнього[[84]](#footnote-84).

Видається, що таке рішення далеке від досконалості, а аргументи, які наводяться на його користь, недостатньо переконливі. Якщо виходити лише з того, що кваліфікація повинна відображати підставу кримінальної відповідальності, то будучи послідовним, довелося б визнати, що й посилання на ч.3 ст. 27 КК тут є лишнім, бо в діяння особи як виконавця є всі ознаки складу злочину, передбаченого статтею Особливої частини. Однак кваліфікація відіграє і інші функції, зокрема повинна повно характеризувати роль особи у вчиненні злочину.

Якщо організатор не перестає бути організатором, коли приймає участь у виконанні об’єктивної сторони, то й виконавець не перестає бути виконавцем за умови, що при цьому він виступає ще і як організатор. При пропонованій же кваліфікації дій такого організатора-виконавця з посиланням на ч.3 ст.27 КК та статтю Особливої частини, те, що особа одночасно поєднувала кілька ролей, приховується. Ті самі зауваження можуть бути адресовані і пропозиції кваліфікувати дії підбурювапча, який одночасно був виконавцем цього ж злочину лише за статтею Особливої частини.

Тому видається за доцільне підтримати висловлену в літературі думку при кваліфікації дій співучасника, який поєднує кілька функцій, не акцентувати увагу на якійсь одній з них, а посилатися на кожну з частин ст.27 КК, що передбачає діяльність певних видів співучасників та відповідну статтю Особливої частини[[85]](#footnote-85). Така кваліфікація покаже дійсну роль кожної особи у вчиненні злочину, сприятиме призначенню покарання з врахуванням характеру та ступеня участі у спільному вчиненні злочину.

Якщо при сукупності злочинів цей факт обов’язково відображається в кваліфікації - має місце посилання на кілька статей Особливої частини - то немає принципових перепон для того, щоб відповідно не врахувати виконання особою одночасно кількох функцій і при вчиненні одного і того ж злочину. Це може здійснюватися завдяки *посиланню у формулі кваліфікації на всі ті частини ст.27 КК, які передбачають діяльність відповідних видів співучасників та на норму Особливої частини*. Й тоді дії особи, яка, наприклад, виступила підбурювачем до перешкодження здійсненню виборчого права й одночасно взяла участь у виконанні об’єктивної сторони цього злочину будуть кваліфіковані за ч.2,4 ст.27 - ч.1 ст.157 КК, дії того, хто був лише виконавцем - за ч.2 ст.27 - ч.1 ст.157 КК. Якщо ж особа вчинить такий же злочин одноосібно, то кваліфікація її дій лише за ч.1 ст.157 КК ясно і недвозначно це характеризуватиме.

Врахування при кваліфікації ознак, що обтяжують або пом’якшують відповідальність певного співучасника

В теорії кримінального права і на практиці нерідко виникає питання про кваліфікуюче значення ознак складу злочину, які відносяться лише до одного чи кількох співучасників, і якими не наділені інші учасники цього ж злочину. Наприклад, особа, яка раніше вчинила умисне вбивство, організувала вчинення вбивства без ознак, вказених в ч.2 ст.115 КК.. Повинен при цьому виконавець злочину нести відповідальність за ч.1 ст.115 КК, враховуючи, що він сам раніше не вчиняв умисне вбивство, чи за п.13 ч.2 ст.115 КК, враховуючи ознаки організатора цього злочину? Можлива і зворотня ситуація, коли «первинний» злочинець організував злочин “Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом”, виконавець якого був раніше судимий за злочин, передбачений цією статтею. Організатором якого злочину виступає ця особа – простого виду “Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом”, чи посягання, передбачено ч.2 ст.213 КК?

В літературі питання про можливість кваліфікації діянь співучасників за нормами, що передбачають відповідні обставини, вирішувалося з врахуванням того, на боці співучасника якого виду вони мають місце та в залежності від суб’єктивного ставлення до них.

При цьому намітилися два підходи. Один із них полягає в тому, що за нормою Особливої частини, яка передбачає посилення відповідальності виконавця злочину в зв’язку з характеристикою його особи, кваліфікуються і діяння інших співучасників. Так, на думку м.І.Ковальова, якщо закон як кваліфікуючу ознаку передбачає неодноразовість і вона є на боці виконавця, то вмінюється і співучасникам, які про це знали[[86]](#footnote-86). Іншими словами, за неодноразове вчинення злочину повинні нести відповідальність і співучасники, які злочин вчинюють вперше. Протилежну позицію відстоює М.І.Бажанов: «Обставини, що посилюють або пом’якшують відповідальність, але характеризують лише особу співучасника, навіть, якщо решта співучасників знали про їх наявність, можуть бути поставлені в вину лише тому співучаснку, на боці якого вони є. Інакше кажучи, «особисті» обставини (наприклад, повторність, рецидив) не можуть впливати на відповідальність інших співучасників»[[87]](#footnote-87).

Саме такий підхід знайшов закріплення в ч.3 ст.39 КК 2001 р. Він дозволяє індивідуалізувати відповідальність кожного співучасника, врахувати при кваліфікації ознаки лише того співучасника, який є їх носієм. При цьому слід звернути увагу на те, що чиний КК передбачає можливість інкримінування ознак, що характеризують особу окремого співучасника, не лише тоді, коли він виступає виконавцем злочину. Тому, в описаному вище гіпотетичному прикладі дії організатора умисного вбивства, який раніше вчинив такий злочин, мають кваліфікуватися за ч.3 ст.27 – п.13 ч.2 ст.115 КК, хоча виконавець посягання вчинив вбивство вперше.

**Схема: Врахування при кваліфікації ознак складу злочину, які підвищують...**

Врахування при кваліфікації ознак складу злочину, які підвищують або пом’якшують відповідальність і належать до особи винного

Не враховуються при кваліфікації діянь як цих співучасників, так і виконавця

Враховуються при кваліфікації лише посягання виконавця

Які характеризують організатора, підбурювача, пособника злочину

Які характеризують виконавця злочину

Врахування при кваліфікації ознак, які характеризують суб’єктивну сторону посягання

Ознаки, які характеризують суб’єктивну сторону злочину, можуть бути наявними у одних співучасників і бути відсутніми в інших. В тих випадках, коли ці ознаки - відповідний вид умислу, мотив, мета є обов’язковими ознаками складу злочину, вчиненого у співучасті, впливають на ступінь відповідальності особи, виникає питання про можливість їх врахування при кваліфікації діянь тих співучасників, посягання яких не характеризується тамими ознаками (які вчиняють злочин без відповідного виду умислу, мотиву, мети). Наприклад, підбурювач схиляє до вбивства, керуючись корисливими мотивами, а у виконавця викликає мотив ревнощів, керуючись якими той і вчиняє вбивство.

Оскільки в диспозиції статті Особливої частини описане посягання виконавця, то саме його діяння повинно характеризуватися всіма обов’язковими ознаками складу, в тому числі і ознаками суб’єктивної сторони злочину. Таким чином, *посягання може бути кваліфіковане за нормою, яка передбачає певний вид умислу, мотив, мету лише тоді, коли відповідні ознаки наявні у виконавця злочину*. І навпаки, *відсутність певних ознак у виконавця, виключає можливість кваліфікації скоєного за відповідною нормою, хоча б ті чи інші ознаки були в інших співучасників.* Обгрунтовується таке рішення тим, що кримінальна відповідальність настає не за самі собою мотиви чи мету, відповідний вид умислу, а за злочин в цілому, вчинені при відповідних ознаках.

Організатору, підбурювачу, пособнику злочину стаття Особливої частини, яка передбачає ознаки суб’єктивної сторони, наявні лише у виконавця, вмінюється тоді, коли вони знали про наявність цих ознак у виконавця і бажали вчинити злочин спільно з таким виконавцем або свідомо допускали вчинення злочину. Тобто зміст умислу співучасників повинен бути ширшим, він повинен охоплювати і суб’єктивну сторону посягання виконавця. Наприклад, підбурювач до вбивства іноземного посла несе відповідальність за підбурювання до посягання на життя представника іноземної держави за умови, що він знає про те, що виконавець діє з метою спричинити міжнародні ускладнення, бажає або свідомо допускає вчинення злочину спільно з таким виконавцем.

**Схема: Врахування при кваліфікації ознак складу злочину, які характеризують суб’єктивну сторону посягання**

Врахування при кваліфікації ознак складу злочину, які характеризують суб’єктивну сторону посягання

Мета

Мотив

Вид умислу

Які є у підмовника, організатора, пособника

Які є у виконавця

Не враховують при кваліфікації діяння ні цієї особи ні інших співучасників

Враховують

при кваліфікації інших співучасників

Враховують

при кваліфікації його діяння

Врахування при кваліфікації ознак складу злочину, які характеризують об’єктивну сторону посягання

Якщо ознаки, що характеризують особу винного, суб’єктивну сторону посягання можуть бути наявними в одного із співучасників і відсутніми в інших, то об’єктивні ознаки складу злочину «неподільні», вони стосуються злочину в цілому і кожного із співучасників. Тому *за статтею Особливої частини, яка передбачає певний спосіб, час, місце, обстановку, знаряддя вчинення злочину, настання чи можливість настання тяжких наслідків кваліфікуються дії всіх співучасників*. Разом із тим відповідна норма не може бути вмінена окремим співучасникам в таких випадках:

1. в зв’язку з тим, що вказані ознаки не охоплюються їх умислом;

2. оскільки вони мають місце внаслідок ексцесу, допущеного одним із співучасників.

Значення віку окремих співучасників для кваліфікації їх діянь

Вік співучасника є ознакою, що характеризує його особу й тому не впливає на кваліфікацію діянь інших співучасників. Разом із тим, диференціація відповідальності з врахуванням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність тягне за собою те, що співучасники одного і того ж злочину можуть нести відповідальність за різними статтями Особливої частини.

Відомо, що особи, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за певними статтями КК, повинні нести відповідальність за нормами про злочини, стосовно яких вони досягли віку кримінальної відповідальності, і які є однорідними (норми передбачають посягання на один і той же об’єкт, співпадають ознаки об’єктивної та суб’єктивної сторони). На це звернув увагу Верховний Суд України в п.32 постанови від 1 квітня 1994 р. (з наступними змінами) «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров’я людини»: «Оскільки ст.10 КК не встановлена відповідальність осіб,які не досягли 16-річного віку, за злочини, передбачені статтями 58, 59, ч.3 ст.62, ч.3 ст.66, ст.69, ч.2 ст.71, ч.3 ст.862, ч.5 ст.1231, ч.4 ст.144, ч.4 ст.1876, ч.2 ст.1895, ст.1901 цього Кодексу, такі дії винного, поєднані з заподіянням потерпілому тілесних ушкоджень, необхідно кваліфікувати за статтями відповідно 93-98, 101-104, ч.1 ст.106 чи ст.1894 КК (*вказані статті Особливої частини КК 1960 р. – В.Н*.)».

Це загальне правило поширюється і на злочини, вчинені у співучасті. При цьому слід мати на увазі, що вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, поширюється як на виконавця, так і на інших співучасників цього ж злочину. Тобто, якщо особа не може бути виконавцем певного злочину в зв’язку з недосягненням віку кримінальної відповідальності, то вона не може бути й організатором, підбурювачем, пособником цього злочину, а її діяння мають кваліфікуватися за відповідною частиною ст.27 КК та статтею Особливої частини про злочин, стосовно якого досягнуто відповідного віку.

Діяння співучасників, які досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, повинні кваліфікуватися за статтями Особливої частини КК, які передбачають злочин, склад якого вони фактично виконали, об’єктивні і суб’єктивні ознаки якого є в їх посяганні. При цьому кваліфікація дій тих співучасників, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, до уваги не приймається. Наприклад, повнолітня особа виступає підбурювачем до знищення релігійних святинь, виконавцем якого виступає 15-річний підліток. Діі підбурювача кваліфікуються за ч.4 ст.27 - ст.179 КК, а виконавець підлягає відповідальності за простий або кваліфікований види умисного знищення або пошкодження майна за ч.1 або ч.2 ст.194 КК. В оберненій ситуації, коли підмовником до цього ж злочину виступає особа, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за ст.179 КК, її дії кваліфікуються за ч.4 ст.27 – ч.1 (або 2) ст.194 КК, виконавець же відповідає за ст.179 КК (звісно, при наявності всіх обов’язкових ознак складів вказаних злочинів).

**Схема: Кваліфікація злочинів з врахуванням віку співучасників**

Кваліфікація злочинів з урахуванням віку співучасників

Співучасник досяг віку кримінальної відповідальності за певний злочин

Співучасник не досяг віку кримінальної відповідальності за певний злочин

Організатор, підбурювач, пособник

Виконавець

Кваліфікація за нормою Особливої частини про злочин, стосовно якого фактично виконаний у співучасті

Кваліфікація за нормою Особливої частини про злочин, стосовно якого досягнуто віку, з якого настає кримінальна відповідальність

Кваліфікація при залученні до участі у вчиненні злочину осіб, які не притягаються до кримінальної відповідальності

В теорії кримінального права і на практиці виникає ряд питань кваліфікації посягань, участь у яких брали особи, які в силу тих чи інших причин не притягаються до кримінальної відповідальності. При цьому можуть бути виділені дві ситуації:

1) до участі в злочині залучаються особи, які взагалі, ні при яких умовах не підлягають кримінальній відповідальності - малолітні (які не досягли віку, з якої може наставати кримінальна відповідальність за жодний із злочинів), неосудні, ті, що діють під впливом незборимої сили;

2) участь у злочині беруть особи, які не притягнуті до кримінальної відповідальності чи звільнені від неї в зв’язку з обставинами матеріально-правового чи процесуального характеру - користуються імунітетом від кримінального переслідування, звільнені від кримінальної відповідальності у встановленому законом порядку; особа яких не встановлена тощо.

В першій ситуації осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності, не можна визнати співучасниками злочину і питання про кваліфікацію їх поведінки як злочинної не виникає. Дії ж тих, хто залучає до участі в злочині таких неделіктоздатних в теорії кримінального права і на практиці прийнято називати *посереднім спричиненням*.

В літературі звичайно пишуть, що особа, яка використовує для вчинення злочину тих, хто не підлягає кримінальній відповідальності, повинна визнаватися виконавцем злочину. Видається, що це положення правильне лише для випадків, коли неделіктоздатна особа залучалася до виконання дій, які становлять об’єктивну сторону злочину. *Якщо особа, що не підлягає кримінальній відповідальності, виконувала організаторські, підбурювальні, пособницькі функції, то діяння того, хто її використовував повинні кваліфікуватися відповідно як організатора, підбурювача, пособника злочину.* Крім відомого в кримінальному праві поняття «посереднього виконавця» слід оперувати й поняттями «посередній організатор», «посередній підбурювач», «посередній пособник» злочину.

Що стосується другої ситуації, то слід мати на увазі, що звільнення від кримінальної відповідальності чи непритягнення до неї носить особистий характер, його правові наслідки поширюється лише на осіб, які підлягають відповідним мірам. Тому ці обставини не впливають на кваліфікацію діянь інших співучасників (якщо вони охоплювалися їх умислом). Той факт, що в конкретному злочині не притягнутий до відповідальності виконавець злочину чи інший співучасник аж ніяк не означає, що зміниться правова оцінка діянь інших співучасників.

**Схема: Кваліфікація при залученні до участі у злочині осіб, які не притягаються до кримінальної відповідальності**

Кваліфікація при залученні до участі у злочині осіб, які не притягаються до кримінальної відповідальності

Які не притягуються в зв’язку з обставинами матеріально-правового чи процесуального характеру

Які взагалі не підлягають кримінальній відповідальності

Звільнення від кримінальної відповідальності (непритягнення) – не поширюється на інших співучасників

Діють під впливом незборимої сили

Неосудні

Малолітні

Діяння співучасників, які підлягають кримінальній відповідальності кваліфікуються на загальних підставах, виходячи з їх ролі у злочині

Скоєне кваліфікується як співучасть у злочині – виходячи з того, як мали б бути кваліфіковані дії неделіктоздатного

Співучасть відсутня – має місце посереднє спричинення

Невстановлення особи винного

Імунітет від кримінального переслідування

Звільнення від кримінальної відповідальності

Пособник

Підбурювачмовник

Організатор

Виконавець

Кваліфікація у випадках, коли неделікто-здатність співучасників не усвідомлюється іншими учасниками злочину

Вище розглядалися питання, пов’язані з кримінально-правовою оцінкою виконання об’єктивної сторони злочину особами, які згодом не визнаються суб’єктами цього злочину. При цьому звичайно виходять з того, що особа, яка використовує неосудного чи малолітнього для вчинення злочину, усвідомлює факт їх неделіктоздатності. Однак можливі й ситуації, коли, наприклад, на момент вчинення діяння підбурювач не усвідомлює того, що підбурюваний не досяг віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, неосудність виконавця встановлена вже в ході досудового слідства і т.д. В літературі зустрічаються твердження, що в таких випадках відповідальність також має наставати за правилами про опосередковане виконання злочину[[88]](#footnote-88). Видається, що така кваліфікація недостатньо враховує всі обставини справи, а саме особливості вини особи, яка не усвідомлює того, як саме нею вчиняється посягання. Видається, що в таких випадках для обґрунтування кримінальної відповідальності слід звернутися до конструкції юридичної фікції - *кваліфікувати скоєне як замах на співучасть відповідного виду.*

## 5.3. Кваліфікація співучасті з врахуванням її форми

Співвідношення форми співучасті та виду співучасника

Відомо, що злочин, вчинений в співучасті, може й повинен бути розглянутий з двох сторін - зі сторони характеру діяльності кожного із співучасників та зі сторони того, що становить діяльність всіх співучасників, взятих в сукупності[[89]](#footnote-89). Якщо вид співучасника виділяється з врахуванням виконуваної ним ролі, то форма співучасті характеризує ступінь згуртованості співучасників, те, наскільки узгодженими були їх дії, наскільки стійке їх об’єднання. Врахування при кваліфікації виду співучасника передбачає визначення його індивідуальної ролі у спільному злочині. Врахувати ж форму співучасті при кваліфікації означає дати оцінку діям всіх співучасників, визначити міру їх згуртованості.

Чим більш тісна взаємодія між співучасниками - тобто, чим вища форма співучасті - тим менше значення має характер дій кожного із учасників спільного злочину для оцінки суспільної небезпеки його посягання. Переважаюче значення набуває сам факт належності до певного типу об’єднання злочинців, яке вчиняє злочин. В ряді випадків закон передбачає відповідальність за дії осіб, які об’єдналися для вчинення злочину, в інших - за саме об’єднання для дії. Тобто злочином визнається або відповідна поведінка осіб, які діють у співучасті, або ж вже утворення злочинного об’єднання, навіть якщо воно не вчинило конкретних посягань.

При кваліфікації злочинів, вчинених при наявності певних форм співучасті менше значення надається характеру поведінки конкретного учасника злочину, а більше - самому факту належності до злочинного угрупування. Допускається відступлення від принципу персональної відповідальності, оскільки співучаснику вміняється не лише результат його особистих дій, а й спільних, інколи - дій, яких він сам не виконував.

Класифікація форм співучасті

Кримінальний закон вказує на форми співучасті як в Загальній, так і в Особливій частині КК. При цьому сам термін “форми співучасті” не використовується. В ст.28 КК викладені поняття вчинення злочину “групою осіб”, “за попередньою змовою групою осіб”, “організованою групою”, “злочинною організацією”. В статтях Особливої частини передбачено вчинення посягань у вказаних формах як ознаки основного, кваліфікованого чи особливо кваліфікованого видів ряду злочинів.

Тобто, поряд з інститутом співучасті, який регламентований Загальною частиною КК (його звичайно іменують *співучастю у власному або тісному розумінні слова*), співучасть передбачається і в Особливій частині кримінального законодавства. Таку співучасть в літературі прийнято називати *співучастю особливого роду*.

Можливі й ситуації, коли злочин вчиняють дві чи більше особи, кожна з яких повністю виконує його об’єктивну сторону. Тобто у злочині є кілька виконавців, дії кожного з яких повністю охоплюються нормою Особливої частини КК, причому наявність кількох учасників злочину не передбачена диспозицією відповідної статті КК. Такі випадки в теорії прийнято іменувати *простою чи елементарною співучастю* або ж *співвинністю*. Інколи їх іменують співвиконавством, хоча, як видається, така назва є невдалою. Співвиконавець - як автор спробував обгрунтувати вище - це особа, яка виконала частину об’єктивної сторони злочину. Тому наявність кількох виконавців і співвиконавство - це далеко не тотожні явища.

Звертає увагу, що інститут співучасті, регламентований ст.27 КК, зорієнтований на виділення ролі конкретної особи у вчиненні злочину. Центральне місце в цій статті займає описання видів співучасників. В нормах же Особливої частини акцент зроблений на вказівці на діяльність всіх співучасників, безвідносно до індивідуальної ролі кожного з них. У відповідних нормах мова йде про «колективне» вчинення злочину. Закон говорить, наприклад, про вчинення вимагання *за попередньою змовою групою осіб* (ч.2 ст.189 КК) або *організованою групою* (ч.4 ст.189 КК), а не про вчинення цього ж злочину *в складі групи осіб, яка діє за попереднньою змовою* чи *в складі організованої групи.* Тому при наявності співучасті Особливого роду вид співучасника відповідно до ст.27 КК не визначається, всі учасники спільного злочину визнаються його виконавцями. При цьому можливо, що у злочині, вчинюваному, припустімо за попереднньою зговою групою осіб, приймає участь пособник цього злочину, який не є учасником групи і відповідальність якого визначається з врахуванням положень, передбачених і ст.27 КК і нормою Особливої частини про співучасть особливого роду.

Викладені вище положення, як видається, мають важливе значення і для класифікації форм співучасті, і для визначення співвідношення форм співучасті та видів співучасників.

В кримінально-правовій літературі питанням класифікації форм співучасті приділяється значна увага. Однак залишається в силі висновок зроблений ще в 1971 р. П.Ф.Тельновим, що єдиних критеріїв класифікації форм співучасті не вироблено, не склалося загальновизнаного переліку цих форм[[90]](#footnote-90). Пропонується принаймні сім таких класифікацій в рамках яких автори по різному групують по суті одні й ті ж самі форми співучасті. Не вдаючись в детальний аналіз висловлених в теорії думок[[91]](#footnote-91), скажемо, що будь-яка класифікація повинна бути не лише теоретично бездоганною, а й мати практичне значення. З врахуванням цілей кримінально-правової кваліфікації таке значення має виділення форм співучасті з врахуванням того, як вони виражені в нормах кримінального закону, яке кваліфікуюче значення надає їм сам КК.

Тому, видається, доцільно враховувати форми співучасті:

1) ***за ступенем згуртованості співучасників***, виділяючи при цьому неорганізовану (групу осіб; групу, яка діє за попередньою змовою) і організовану співучасть (організовану групу, злочинну організацію);

2) ***за формою вираження в КК,*** де слід виділити співучасть яка регламентована Загальною частиною та співучасть, яка передбачена статтями Особливої частини КК.

Співучасть, як інститут Загальної частини має місце тоді, коли закон передбачає встановлення ролі кожного співучасника у вчиненні злочину і відображення цього при кваліфікації. Кваліфікуючи таку співучасть, слід посилатися на відповідні частини ст.27 КК, що передбачають окремі види співучасників. Вона включає в себе те, що називають простою чи елементарною співучастю та співучасть в тісному розумінні слова.

Співучасть особливого роду має місце за умови, що вчинення злочину спільними погодженими діями кількох осіб передбачено нормою Особливої частини. При кваліфікації такої співучасті нема потреби посилатися на статті Загальної частини КК, оскільки діяльність співучасників повністю охоплюється нормою Особливої частини і роль кожного учасника злочину «пригнічується» фактом спільності вчинення посягання. Не можна тому визнати універсальним положення про те, що кваліфікуючи діяння співучасників, необхідно сказати, про яку співучасть йде мова[[92]](#footnote-92). При кваліфікації співучасті особливого роду вид співучасника не визначається в тих випадках, коли злочин вчиняється учасником відповідної групи. Сама вказівка в нормі Особливої частини на вчинення злочину кількома особами означає, що вони прирівнюються до виконавців злочину незалежно від характеру виконуваних ролей, виступають в ролі «колективного» виконавця[[93]](#footnote-93).

В свою чергу в співучасті особливого роду слід виділити її форми, які названі в окремих нормах Особлиивої частини, і з якими пов’язується різна ступінь згуртованості учасників спільного злочину. Очевидно, що існує ієрархія форм співучасті. Ступінь згуртованості дій співучасників підвищується в такому порядку:

**Група**

**група за попередньою змовою**

**організована група**

**злочинна організація**.

В цілому ж класифікація форм співучасті може бути показана так:

**Схема: Класифікація форм співучасті**

Форми співучасті

За способом вираження в КК

Співучасть як інститут Загальної частини

Співучасть особливого роду

Співучасть

Група

Група за попередньою змовою

Співучасть з розподілом ролей

Організована група

Злочинна організація

Вчинення злочину групою осіб як ознака злочину

В Особливій частині КК вчинення злочину групою осіб передбачене в 12 статтях. При цьому в переважній більшості випадків вчинення злочину групою осіб виступає як кваліфікуюча чи особливо кваліфікуюча ознака злочину (ст.ст.121, 126, 152, 153, 296, 316, 402, 404-406, 408 КК). В одному випадку - ст.293 КК “Групове порушення громадського порядку” вчинення злочину в складі групи (чи, як ще говорять - груповий характер злочину) є ознакою основного складу. Однак злочин може бути вчинено групою осіб і у випадках, коли це спеціально не передбачене нормою Особливої частини.

Тому у зв’язку з кваліфікацією злочину, вчиненого групою осіб, потрібно розрізняти:

1) випадки, коли така ознака передбачена статтею Особливої частини, та коли така ознака не міститься в диспозиції кримінально-правової норми. Тобто, вчинення злочину групою осіб може бути конституюючою ознакою злочину, а може виступати і його фактичною ознакою;

2) вчинення посягання членом (учасником) такої групи, і іншою особою, яка приймає участь у ньому;

3) вчинення закінченого злочину групою осіб і попередню злочинну діяльність, спрямовану на виникнення групи.

Поняття *вчинення злочину групою осіб*

Для того, щоб розглядати питання кваліфікації з врахуванням відзначених положень, слід уточнити саме поняття групи осіб, як однієї з форм співучасті. Таке поняття сформульоване в ч.1 ст.28 КК, де вказуються такі ознаки:

1) кількісна – група включає два або більше учасники;

2) роль кожного із учасників групи у вчиненні злочину – вони виступають як виконавці злочину;

3) ступінь згуртованості учасників групи, яка характеризується відсутністю попереднього зговору між ними.

Конкретизуючи ці ознаки, можна відзначити таке.

Щодо першої - кількісної ознаки групи - в теорії кримінального права і на практиці не виникає сумнівів - група має місце тоді, коли у вчиненні злочину приймає участь два або більше учасника. Таким чином злочин не може бути кваліфікований, як вчинений групою осіб, коли він виконується лише однією людиною з використанням технічних засобів, тварин, сил природи тощо. Лише дві або більше людини можуть вчинити злочин групою.

Що ж до розуміння того, яким вимогам повинні відповідати учасники групи, в літературі та правозастосовній практиці далеко не досягнуто єдності. Загальне правило ніби то ніким не оспорюється - оскільки мова йде про вчинення злочину групою осіб, тобто про посягання кількох суб’єктів, то наявність групи визнається тоді, коли в ній приймають участь дві чи більше особи, які наділені ознака суб’єкта злочину, підлягають кримінальній відповідальності. Разом із тим, це правило ставиться під сумнів, коли йде мова про окремі види злочинів, пов’язаних із заподіянням шкоди особі. Пленум Верховного Суду України роз’яснює наприклад, що «дії учасника групового згвалтування підлягають кваліфікації за ч.3 ст.117 КК і у тому разі, коли інші учасники злочину через неосудність, недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності» (ч.2 п.14 постанови від 27 березня 1992 р. (з наступними змінами) «Про судову практику в справах про згвалтування»). Раніше вищі судові органи РРФСР та СРСР давали аналогічні роз’яснення щодо кваліфікації не лише згвалтування, але й грабежу і розбою. Тобто визнається можливість кваліфікації злочину, як вчиненого групою осіб і тоді, коли лише одна особа підлягає кримінальній відповідальності[[94]](#footnote-94).

Інша думка з цього приводу полягає в тому, що в таких випадках має місце посереднє виконання злочину і дії однієї особи, яка застосовує для виконання об’єктивної сторони злочину малолітніх чи неосудних повинні кваліфікуватися як вчинення злочину без ознак групи[[95]](#footnote-95). Аргументи, які наводяться на її користь, видаються більш вагомими. З цього приводу І.Звєчаровський вказував, що не можна ставити знак рівності між фактичним вчиненням злочину кількома особами і його юридичною оцінкою[[96]](#footnote-96).

Лише кількісної ознаки - участь у злочині двох або більше осіб, які підлягають кримінальній відповідальності, недостатньо для кваліфікації посягання, як вчиненого групою осіб. Для цього необхідно встановити й відповідний характер дій, які вчиняють учасники групи. Залежно від характеру дій, виконуваних в ході вчинення злочину, розрізняється діяльність учасників групи і осіб, які є співучасниками групового злочину - організаторами, підбурювачами, пособниками.

Для учасників групи характерною є, насамперед, узгодженість дій. Пленум Верховного Суду України в п.13 постанови від 27 березня 1992 р. (з наступними змінами) «Про судову практику в справах про згвалтування та інші статеві злочини» підкреслював, що кваліфікація згвалтування, вчиненого групою осіб, може мати місце у разі, коли група осіб діяла погоджено з метою вчинення насильниццького статевого акту з потерпілою; якщо винні діяли погоджено відносно кількох потерпілих, хоча кожний із них мав на меті і згвалтував одну потерпілу, дії кожного підлягають кваліфікації як згвалтування, вчинене групою осіб. Отже, просте співпадіння в часі і місці дій кількох осіб не дає підстав кваліфікувати посягання, як вчинене групою осіб, група не є механічним злочинним утворенням[[97]](#footnote-97). Така узгодженість передбачає спрямованість посягання щодо одного і того ж потерпілого чи потерпілих, взаємну допомогу, використанння однотипних способів вчинення злочину тощо. Тому не можна визнати наявність злочину, вчиненого групою осіб у такому, наприклад, випадку. Григорій сидячи на лавці в парку почув звернув увагу на шум, підійшовши, побачив, як Василь гвалтує жінку, затуляє їй рота шарфом. Дочекавшись, поки Василь пішов з місця вчинення злочину, Григорій підійшов до потерпілої, яка знаходилася без свідомості, і згвалтував її.

Узгодженість дій учасників групи може виникнути як на підставі попередньої домовленості, так і без неї. Стосовно згвалтування Верховний Суд України підкреслив у згаданій постанові, що для визнання згвалтування вчиненим групою осіб не вимагається попередньої змови між учасниками злочину. Група може утворитися в силу того, що попередня поведінка учасників давала підстави розраховувати на взаємне сприяння у вчиненні злочину, а може виникнути і в процесі виконання посягання. Так, між військовослужбовцями строкової служби рядовими Мирославом та Назаром виникла бійка в зв’язку з відмовою останнього виконати незаконну вимогу почистити чоботи «старослужачому». До бійки на стороні Мирослава приєдналися ще двоє солдатів - Віктор та Олексій, сумісними зусиллями вони заподіялии Назару середньої тяжкості тілесні ушкодження. Всі троє - Мирослав, Віктор та Олексій обгрунтовано були засуджені за порушення статутних правил поведінки між військовослужбовцями при відсутності між ними відносин підлеглості вчинене групою осіб.

Обов’язковою ознакою групи є також те, що кожен з її учасників приймає участь у виконанні об’єктивної сторони злочину. Цю позицію послідовно займає судова практика. Норми, які передбачають відповідальність за злочини, вчинені групою осіб, безпосередньо інкримінують лише тим, хто повністю або частково виконує дії, описані в диспозиції статті Особливої частини, тобто виступає як виконавець чи співвиконавець злочину. Так, в одній з постанов Пленуму Верховного Суду України відзначено, що виконавцями в груповому злочині визнаються лише ті особи, які діяли сумісно з умислом на вчинення вбивства, і безпосередньо приймали участь в самому процесі позбавлення життя потерпілого[[98]](#footnote-98). Дії ж осіб, які виконували в груповому злочині організаторські, підбурювальні або пособницькі функції, кваліфікуються за відповідною частиною ст.27 КК та нормою Особливої частини, яка передбачає злочин, вчинений групою осіб.

Виходячи з наведеного розуміння групи осіб можна сформулювати правила кваліфікації відповідних злочинів.

*Діяння учасників групи - осіб, які діють погоджено, виконують об’єктивну сторону злочину, кваліфікуються безпосередньо за статтею Особливої частини, яка передбачає вчинення злочину групою осіб.*

*Посягання організаторів, підбурювачів та пособників злочину, вчиненого групою осіб – не учансиків такої групи - кваліфікуються з посиланням на відповідну частину ст.27 КК та статтю Особливої частини, яка передбачає злочин, вчинений групою осіб.*

*Якщо групою виконується злочин, в диспозиції статті про який не передбачене вчинення злочину групою осіб, то скоєне кваліфікується з посиланням на відповідну частину ст.27 та ч.1 ст.28 КК. При цьому діяння учасників групи - виконавців або співвиконавців кваліфікуються з посиланням на ч.2 ст.27 КК, діяння інших співучасників - з посиланням на ч.3, 4 або 5 ст.27 КК.*

**Схема: Кваліфікація злочину, вчиненого групою осіб**

Кваліфікація злочину, вчиненого групою осіб

Ця ознака передбачена нормою Особливої частини

Ця ознака не передбачена нормою Особливої частини

Діяння учасника групи

Діяння особи, яка не є учасником групи

Діяння учасника групи

Кваліфікація з посиланням на ч. 1 ст.27 КК

Кваліфікація з посиланням на ч.1 ст.28, ч. 3,4, 5 ст.27 КК

Кваліфікація за нормою особливої частини, що передбачає злочин, вчинений групою осіб

Кваліфікація злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб

Вчинення злочину за попередньою зговою групою осіб в чинному кримінальному законодавстві розглядається як кваліфікуюча ознака відповідних злочинів. Вона передбачена в кількох десятках статей Особливої частини КК[[99]](#footnote-99). Чи не найбільш поширеними із злочинів, вчинюваних за попереднім зговором групою осіб, є крадіжка, вчинена за попередньою змовою групою осіб. Разом із тим, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб можливе і щодо посягань, в диспозиції статті про який така ознака спеціально не передбачена, наприклад, при незаконному проведенні аборту.

Поняття вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб викладене в ч.2 ст.28 КК. Для його з’ясування доцільно порівняти ознаки цієї форми співучасті з ознаками вище розглянутої її форми:

**Таблиця: Ознаки неорганізованих форм співучасті**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Характерна ознака** | **Зміст ознак, притаманних для форми співучасті** | |
| **Група осіб** | **За попередньою змовою група осіб** |
| Кількість учасників | Два або більше | |
| Роль учасників | Участь кількох виконавців | Спільна участь у вчиненні злочину |
| Момент виникнення співучасті даної форми | Без попередньої змови | Заздалегідь, тобто до початку злочину домовилися про спільне його вчинення |

Кількісна ознака – вчинення кількома особами – двома і більше – така ж, як і у групі, яка діє без попередньої змови. Водночас, характер дій учасників описаний дещо по іншому. Звертає увагу те, що на відміну від простої групи цей для цього виду групи притаманне:

1) спільне вчинення злочину (а не участь у вчиненні злочину);

2) відсутність вказівки на те, що учасники є виконавцями;

3) наявність домовленості про спільне вчинення злочину заздалегідь, тобто до початку злочину:

Наявність попередньої змови трансформує зміст поняття такої групи, порівняно з простою групою (яка діє без попередньої змови). Вирішальним є те, що змова нівелює роль окремого учасника – кожний із тих, хто діє відповідно до змови, в інтересах групи, виконуючи певні функції в спільному посягання прирівнюється до виконавця, навіть і тоді, коли особисто не виконує об’єктивну сторону злочину. Інакше кажучи, в групі, яка вчиняє злочин за попередньою змовою, кожний її учасник відповідає як виконавець, незалежно від характеру виконуваної у спільному злочині ролі. Однак при цьому потрібно, щоб учасник групи, діючи відповідно до змови, принаймні, перебував на місці вчинення злочину, надавав сприяння іншим членам групи.

Іван, Петро та Степан домовилися разом вчинити квартирну крадіжку. Обумовивши ролі кожного у посяганні, Іван та Петро підійшли до будинку потерпілого, після цього Іван зламав вікно, відчинив його, допоміг Петру залізти в кімнату. Залишившись на вулиці, Іван спостерігав за обстановкою та приймав майно, яке передавав Петро. Потім разом вони віднесли викрадене за кут вулиці, де їх в автомобілі чекав Степан, який, крім того, повинен був спостерігати, чи не наближається додому господар будинку. В даному випадку кожен із учасників групи підлягає відповідальності як учасник групи – виконавець злочину, передбаченого ч.3 ст.185 КК, хоча повністю об’єктивну сторону посягання виконав лише Петро, Іван же та Степан вчинили дії, які нагадують скоріше пособництво.

Кваліфікація злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, проводиться з врахуванням того, як сформульована стаття Особливої частини КК. Вона повинна відображати те, що злочин вчинений при відповідній формі співучасті, диференціювати учасників групи та інших осіб. При цьому можливі такі варіанти:

1) в диспозиції статті передбачене вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб (тобто ця форма співучасті виступає як співучасть особливого роду) – *діяння учасників групи кваліфікуються лише за відповідною частиною статті Особливої частини КК, без посилання на статті Загальної частини. Участь у вчиненні такого злочину осіб, які не входять до складу групи, кваліфікується з посиланням на ч.ч.3, 4, 5 ст.27 КК;*

2) в диспозиції статті вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб не передбачене (тобто, має місце співучасть у власному розумінні слова). Тоді *діяння учасників групи кваліфікуються за ч.2 ст.28 КК та статтею Особливої частини КК, яка передбачає вчинений такою групою злочин. Участь у вчиненні такого злочину осіб, які не входять до складу групи, кваліфікується з посиланням на ч.ч.3, 4, 5 ст.27, ч.2 ст.28 КК.*

3) в диспозиції статті передбачена більш висока форма співучасті – вчинення злочину організованою групою, вчинення ж злочину групою осіб даною статтею не передбачається. В такому випадку *скоєне учасниками групи кваліфікується як вид злочину, вчиненого однією особою, з посиланням на ч.2 ст.28 КК. Участь у вчиненні злочину осіб, які не є учасниками групи, кваліфікується з посиланням на ч.ч.3, 4, 5 ст.27, ч.2 ст.28 КК та норму Особливої частини про відповідний вид злочину, вчиненого однією особою.*

Організовані форми співучасті

До організованих форм співучасті відносяться організована група та злочинна організації. Їх поняття викладені в ч.3 та ч.4 ст.28 КК. Однак, законодавчі визначення організованої групи та злочинної організації недосить чіткі і конкретні, що породжує труднощі в з’ясуванні змісту відповідних понять, встановленні відмінності між цими формами співучасті. До того ж, цілий ряд питань відповідальності за посягання, вчинені при організованих формах співучасті залишилося поза межами законодавчої регламентації.

Однак, так чи інакше, з’ясування відповідних понять слід почати із відповідних законодавчих формулювань, з їх порівняння:

**Таблиця: Ознаки організованих форм співучасті**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Характерна ознака** | **Зміст ознак, притаманних для форми співучасті** | |
| **Організована  група** | **Злочинна організація** |
| Кількість учасників | Три і більше | |
| Характер об’єднання | Стійке об’єднання | Стійке ієрархічне об’єднання |
| Учасники об’єднання | Учасники групи | Члени або структурні частини |
| Момент утворення об’єднання | Попередньо зорганізувалися | За попередньою змовою зорганізувалися |
| Зміст діяльності | Участь у готуванні або вчиненні злочину | Спільна діяльність |
| Мета утворення | Вчинення цього та іншого (інших) злочинів | 1) безпосереднє вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів;  2) керівництво чи координація злочинної діяльності інших осіб;  3) забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп |
| Зв’язки між співучасниками | Об’єднання єдиним планом, відомим всім учасникам групи;  Розподіл функцій учасників групи | Ієрархічне об’єднання |

Проблема невідповідності норм Загальної та Особливої частини КК у визначенні кількості злочинів, вчинюваних злочинною організацією

Поняття злочинної організації, яке міститься в ч.4 ст.28 КК передбачає, що така організація створюється для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення *тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації.* Тобто, чітко і однозначно визначено необхідність мети вчинення не одного, а кількох злочинів*.* В той же час, статті Особливої частини КК, які встановлюють поняття окремих видів злочинних організацій, мети вчинення кількох злочинів не передбачають, вони сформульовані так, що наявність відповідної організації може визнаватися і при вчиненні навіть і одного злочину. Так в ст.255 КК “Створення злочинної організації” йдеться про створення злочинної організації з метою вчинення *тяжкого або особливо тяжкого злочину*; в ст.257 КК “Бандитизм ” - про організацію озброєної банди *з метою нападу*, про участь у *нападі*.

В зв’язку з цим виникають питання, чи є множинність злочинів, які вчиняє або має на меті вчинити злочинна організація обов’язковою умовою, при встановленні якої можлива відповідальність за такі злочини, чи можливе застосування ст.ст.255, 257 КК тоді, коли доведена мета вчинення лише одного злочину?

Одностайності при вирішенні цих питань не досягнуто. На міжнародному науково-практичному семінарі “Проблеми відповідальності за злочини проти громадської безпеки за новим Кримінальним кодексом України” (м.Харків, 1-2 жовтня 2002 р.) відзначалося існування вказаної проблеми та необхідність її вирішення. При цьому одні учасники (зокрема, Н.О.Гуторова) вказували, що пріоритет тут слід віддавати положенню, закріпленому в ч.4 ст.28 КК, інші ж (В.В.Сташис) вважають, що ст.ст.255, 257 КК повинні застосовуватися і при вчиненні учасниками злочинної організації і одного злочину.

Видається, що більш вагомі аргументи є на користь першої з наведених позицій. Вони полягають в такому:

1) статті Загальної частини КК поширюються на всі відповідні положення Особливої частини КК. Часткові випадки (регламентовані статтями Особливої частини КК) не можуть виходити за межі загальних правил, які винесені в Загальну частину КК. Існування статей Особливої частини КК, які інакше вирішують певні питання, ніж статті Загальної частини, можна припустити лише тоді, коли є якесь інше положення Загальної частини, що допускає таке вирішення (чого в чинному законодавстві не передбачено);

2) частина 4 ст.28 КК стосується всіх статей Особливої частини, які регламентують відповідальність за діяльність злочинних організацій. В КК немає жодної норми, яка б передбачала можливість по різному тлумачити поняття, позначені одними і тими ж термінами;

3) при колізії між статтями Загальної та Особливої частини слід віддавати пріоритет першим із названих;

4) існуючу невідповідність неможливо усунути, виходячи з норм чинного кримінального законодавства. Це суперечливість закону, допущена самими законодавцем;

5) положення, закріплені в ч.4 ст.28 КК є більш пільговими, сприятливими щодо особи, дії якої кваліфікуються, ніж ті, які закріплені в ст.ст.255, 257 КК. Тому слід керуватися загальним правилом про те, що сумніви, неясності, суперечності закону вирішуються на користь особи, щодо якої застосовується закон;

6) міркування, згідно яких банда, злочинна організація може створюватися і для вчинення якогось одного посягання застаріли і не мають підтвердження в чинному КК.

Виходячи з викладеного пропонується вважати, що *обов’язковою ознакою будь-якого виду злочинної організації є фактичне вчинення чи наявність мети вчинення двох чи більше злочинів*.

Відповідальність за злочини, вчинені в складі організованих груп та злочинних організацій

Умови відповідальності за злочини, вчинені в складі організованих груп та злочинних організацій, регламентовані в ст.30 КК. Однак, які і поняття цих форм співучасті, вони потребують теоретичного обґрунтування та конкретизації, вияснення ряду спірних питань.

При цьому потрібно звернути увагу на відмінності, які стосуються відповідальності:

окремо щодо кожної із цих форм співучасті;

- організаторів та рядових учасників;

- за діяльність, спрямовану на виникнення організованої співучасті та за злочини, вчинені в таких формах співучасті.

Визначальним для розуміння сутності відповідальності за організовану співучасть є такі формулювання:

1) ***відповідальність за дії осіб, які організувалися;***

2) ***відповідальність за саму організацію для дії.***

Відповідно до першого правила настає відповідальність за злочини, вчинені організованою групою (з позицій відповідальності та кваліфікації - за злочини, вчинені в складі організованої групи). Тобто, саме по собі створення організованої групи ще не оцінюється як злочин, принаймні закінчений. Відповідальність настає за окремі злочини, які вчинені в складі такої групи - тобто, на таких же засадах, як і при неорганізованих формах співучасті. В цьому сенсі організована група стоїть ближче до групи осіб та групи, яка вчиняє злочин за попередньою змовою. При цьому, вчинення злочину організованою групою чинним КК передбачене як кваліфікуюча, чи, частіше, особливо кваліфікуюча ознака злочинів.

Друге ж правило лежить в основі встановлення відповідальності за діяльність злочинної організації. Виходячи з нього, злочином є вже створення такої організації та (або) вступ до неї, безвідносно до того, чи розпочала вона злочинну діяльність - тобто, чи вчинено її учасниками окремі злочини. Адже супільна небезпека злочинної організації полягає не тільки в тому, що її учасники вчиняють злочини і ці злочини є більш небезпечними, ніж вчинені поза співучастю чи при менш організованих формах співучасті, але і в тому, що існує потенційна загроза переходу до злочинної діяльності. А.Н.Трайнін в 1941 р. відзначав, що злочинні організації становлять собою готовий людський апарат для вчинення злочинів.

Злочинні організації існують лише у формах, визначених в статтях Особливої частини КК. Або, іншими словами, відповідальність за створення злочинної організації чи участь у ній або участь у злочинах, вчинених такою організацією настає лише тоді, коли це прямо передбачено Особливою частиною КК. З цього випливає, що така співучасть - це завжди співучасть особливого роду. Тому не може мати місце вчинення злочинів злочинною організацією у випадках, не передбачених КК.

В загальних рисах умови відповідальності за організовану співучасть викладені в таблиці:

**Таблиця: Умови відповідальності за організовану співучасть**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Принцип, відповідно до якого настає кримінальна відповідальність | Відповідальність за дії осіб, які зорганізувалися | Відповідальність за організацію для дії |
| В яких випадках вчинення злочину у співучасті даної форми враховується при вирішенні питань кримінальної відповідальності | 1) коли це передбачено в диспозиції статті Особливої частини КК (33 випадки);  2) у випадках вчинення умисних злочинів | У випадках, прямо передбачених статтями Особливої частини КК (5 статей) |
| Момент закінчення злочину | Визначається в залежності від того, коли є закінченим злочин, вчинений організованою групою | Початок організаційних дій, спрямованих на створення угруповання чи сам вступ до нього |
| Відповідальність організаторів | За всі злочини, вчиненні організованою групою або злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом | |
| Відповідальність інших учасників | За злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував кожен із них | |

Кваліфікація злочину, вчиненого організованою групою

Чинне кримінальне законодавство передбачає вчинення злочину організованою групою як кваліфікуючу ознаку цілого ряду злочинів. Причому характерним є розширення застосування в законі цієї ознаки починаючи з кінця 80-х років, коли існування організованої злочинності стало усвідомлюватися громадськістю і визнаватися в теорії, правозастосуванні та правотворчій практиці як фактор, що в значній мірі визначає сучасну криміногенну обстановку. Вчинення злочину організованою групою зараз є ознакою злочинів, передбачених в 33 статтях Особливої частини КК (в КК 1960 р. таких випадків було 17). Така ознака дозволяє врахувати підвищену суспільну небезпеку відповідних посягань, адекватно оцінити діяння тих учасників організованої групи, які безпосередньо не виконували об’єктивну сторону злочину. Тому не можна погодитися з категоричним твердженням, що ознака умисного вбивства при обтяжуючих обставинах «організована група» зовсім зайва, як п’яте колесо у возі, оскільки вона не впливає і не може впливати ні на кваліфікацію злочину, ні на призначення покарання за наявності п.2 ст.41 КК[[100]](#footnote-100).

Наявність організованої групи свідчить про ще більшу ступінь згуртованості співучасників. Внаслідок цього при кваліфікації на перше місце виходить не індивідуальна роль кожного учасника у посяганні, характер виконуваних ним дій, а сама участь у групі, яка вчиняє злочин. Вчинення злочину у складі організованої групи кваліфікується як вчинення злочину такою групою. Організована група виступає як колективний виконавець злочину, а кожний з її учасників також прирівнюється до виконавця, незалежно від того чи він особисто виконує об’єктивну сторони злочину, чи за завданням інших учасників організованої групи здійснює інші функції. Тому кожний учасник організованої групи несе відповідальність за всі злочини, вчинені такою групою з будь-якою його участю, кожному учасникуся інкримінується спільний злочинний результат, якого досягла група.

Причому викладені вище положення належить враховувати при кваліфікації злочинів, вчинених організованою групою як у тих випадках, коли ця ознака передбачена диспозицією статті Особливої частини, так і тоді, коли законодавець не передбачає вчинення злочину організованою групою як ознаку основного чи кваліфікованого (особливо кваліфікованого) складу злочину. В останньому випадку не посилюється відповідальність з врахуванням організованого характеру злочинної діяльності, але це впливає на оцінку дій всіх учасників групи як дій виконавців, що відповідають за спільний злочинний результат. Інколи це не враховується в правозастосовній практиці.

Так, вироком судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду Української РСР від 24 липня 1990 р. засуджені за ряд злочинів Б.С., Б.Р., Б.Д. та Т.О. В ході попереднього і судового слідства встановолено, що Т.О. замовив за велику винагороду іншим засудженим вбивство двох громадян - К. та Т., причому поставив умову одночасного позбавлення їх життя. В ході готування до вбивства Б.С., Б.Р., Б.Д. утворили організовану злочинну групу - разом розробили та реалізували план вчинення злочину, зокрема, встановили слідкування за потерпілими та прослуховування їх домашніх телефонів, виготовили саморобну вогнепальну зброю та придбали боєприпаси до неї, а також засоби для зміни зовнішності виконавців вбивства, здобули шляхом грабежу легковий автомобіль та підробили два комплекти номерних знаків для нього. В зв’язку з ситуацією, що склалася, одночасно вбити обох потерпілих винні не змогли.

Спочатку відповідно до спільної домовленості Б.Р. двома пострілами вбив К. в ліфті будинку. Під час вбивства інші учасники організованої групи знаходилися поблизу будиинку. Б.Д., побачивши сторонніх осіб вбіг в під’їзд, попередив Б.Р. про необхідність підніматися лише вверх, разом вони помістили в мішок труп потерпілого й заховали його в машинному відділенні ліфта. Трохи згодом Б.С. замив сліди крові, закрив на замок машинне відділення ліфта. Всі троє - Б.С., Б.Р., Б.Д. - наступної ночі перевезли труп й втопили його в озері, незабаром ще раз переховали його.

Через кілька днів іншого потерпілого - Т. - застрелив Б.С. В цей час два інших співучасника чекали його в автомашині, на якій разом втекли з місця вбивства, а згодом спалили її.

Органами попереднього розслідування дії всіх трьох були кваліфіковані (в частині вбивства) за статттею Особливої частини, яка передбачала відповідальність за вбивство з корисливих мотивів та двох або більше осіб. Оскільки Верховний Суд Української РСР розглядав справу про злочин, вчинений в Єревані, то інкримінувалися відповідні статті КК Вірменської РСР. На той час кримінальне законодавство республік колишнього Союзу РСР не передбачало серед кваліфікуючих ознак вбивства вчинення його організованою групою осіб. Така кваліфікація видається правильною, оскільки вбивство і К., і Т. вчинене організованою групою. Наявність організованої групи Верховний Суду Української РСР визнав, оскільки врахував це як обтяжуючу відповідальність обставину при призначенні покарання.

Незважаючи на це, судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду Української РСР вирішила змінити кваліфікацію дій Б.С. та Б.Р. на статті, які передбачають умисне вбивство з корисливих мотивів та пособництво умисному вбивству з корисливих мотивів та двох або більше осіб (за законодавством України це: п. «а» ст.93, ч.6 ст.19- п. «а», «г» ст.93 КК), мотивуючи це тим, що кожний із них як виконавець вчинив вбивство одного потерпілого, виспупивши пособником по факту вбивства іншого. Дії Б.Д. були перекваліфіковавні на статті, які передбачають відповідальність за пособництво умисному вбивтсву з користі двох осіб з тих же мотивів - оскільки він безпосередньої участі в самому процесі позбавлення життя потерпілих не приймав[[101]](#footnote-101).

Кваліфікація злочинів, вчинених у складі злочинних організацій

Мета створення і суть існування злочинної організації - вчинення злочинів. Тому одним із питань, яке виникає в ході розслідування і судового розгляду справ про діяльність таких угрупувань, є питання про кримінально-правову оцінку окремих злочинів, які вчиняються в їх складі учасниками таких організацій чи іншими особами.

З цього приводу в теорії кримінального права та на практиці панує позиція, відповідно до якої норми, про відповідальність за діяльність злочинних організацій (їх організацію, участь в таких організаціях, участь у окремих посяганнях, вчинюваних такими організаціями) охоплюють і всі злочини, вчинені в їх складі. Лише більш небезпечні злочини (зокрема, умисне вбивство при кваліфікуючих ознаках) мають кваліфікуватися за сукупністю. Незважаючи на те, що такий підхід існує тривалий час, закріплений в постановах Пленуму Верховного Суду України (щодо бандитизму), має численних прихильників, він видається хибним. Більш обґрунтованим є інше рішення - злочини, вчинені в складі злочинної організації кваліфікувати самостійно, за сукупністю з нормами, які передбачають відповідальність за створення, злочинних організацій, участь у них чи в скованих ними злочинах. На його користь можна навести такі аргументи.

1. Відоме положення, що стосовно злочинних організацій відповідальність настає не лише за дії осіб, які зорганізувалися, а й за саму організацію для дії, лежить в основі того, що відповідні злочини вважаються закінченими з моменту дій, спрямованих на створення організації чи вступу до неї. Визнання злочину закінченим означає, що всі діяння, вчинені після закінчення даного злочину, не охоплюються його складом і повинні отримати самостійну кримінально-правову оцінку. Тому участь у складі злочинної організації у певному злочині не охоплюється нормами, які передбачають відповідальність за їх створення, участь в такій організації.

2. Невідворотність кримінальної відповідальності, повнота кримінально-правової кваліфікації вимагають, щоб оцінці підлягали всі злочинні діяння, а не лише якась їх частина. Виходячи з цього можна стверджувати, що не можна обмежуватися інкримінуванням лише створення організації, участі і ній і залишати поза увагою наступні злочинні дії.

3. Індивідуалізація відповідальності передбачає, що різну кримінально-правову оцінку повинні отримати посягання тих осіб, які обмежилися лише організацією чи вступом до злочинного співтовариства і тих, які в її складі вчиняли злочини. Необхідно індивідуалізувати також відповідальність окремих учасників злочинної організації з врахуванням характеру та активності їх діяльності, тобто кількості та видів вчинених злочинних посягань. Це також вимагає окремої кваліфікації не лише дій, спрямованих на створення організації чи вступ до неї, але й злочинів, вчинених у її складі.

4. Кваліфікація злочинів, вчинених в складі злочинної організації за сукупністю з нормами, які передбачають відповідальність за їх створення чи участь, випливає з вимог ст.30 КК. Вказівка на те, що організатор підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом, а інші учасники - за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь може бути реалізована лише за умови, що такі злочини будуть кваліфіковані окремо.

5. Злочини, які полягають у створенні чи участі в злочинній організації, з одного боку та, які вчиняються в складі такої організації, з другого боку, звичайно посягають на різні родові та безпосередні об’єкти. Навряд чи є вагомі підстави стверджувати, що суспільні відносини, які порушуються внаслідок вчинення окремих злочинів в складі злочинних організацій, виступають лише додатковим об’єктом відповідних посягань. Адже при їх вчиненні громадська безпека (відносини якої порушуються при створенні злочинних організацій чи участі у них) виступає лише одним із об’єктів, поряд з такими, як відносини по захисту здоров’я особи, власності тощо.

6. Співвідношення санкцій, встановлених за організацію злочинних співтовариств та участь у них з санкціями статей, які передбачають посягання, які звичайно вчиняються в складі злочинних організацій (тілесні ушкодження, збройний опір владі, розбій) показує, що диспозиції статей про відповідальність за організовану злочинну діяльність не охоплюють злочинів, вчинених в ході “функціонування” найбільш організованої форми співучасті. Кваліфікація аналізованих посягань лише за нормами про створення злочинної організації чи участь у ній призведе до юридично абсурдного становища, коли певні злочини, вчинені “одноосібно” злочини каратимуться тяжче, ніж посягання, вчинені в складі злочинної організації.

Крім того, кваліфікуючими, особливо кваліфікуючими ознаками багатьох злочинів, які звичайно вчиняються учасниками злочинних організацій, виступає їх вчинення організованою групою. Якщо виходити з критикованої позиції, то виходить, що при наявності менш небезпечної форми співучасті, скоєне отримає самостійну кримінально-правову кваліфікацію, а при найбільш небезпечній формі співучасті - такі ж посягання залишаться поза колом інкримінованих діянь, за них не буде окремо призначене покарання.

7. Положення про звільнення від кримінальної відповідальності учасника злочинної організації при позитивній посткримінальній поведінці, передбачене ч.2 ст.255 КК, передбачає таке звільнення лише щодо участі в організації чи участі в злочинах, вчинюваних такою організацією. Немає жодних підстав вважати, що рядові учасники злочинних організацій або ж особи, які приймали участь в окремих їх злочинах, підлягають звільненню і за всі посягання, вчинені в складі такої організації (включаючи вбивства, заподіяння тілесних ушкоджень, розбої, вимагання). А з цього випливає, що самі такі злочини не охоплюються цією статтею Особливої частини КК.

Разом із тим, не можна пройти мимо того, що аргументи на користь окремої кваліфікації злочинів, вчинених в складі злочинних організацій, щодо принаймні одного злочину, по суті дезавуюються редакцією відповідної статті КК. Мова йде про ч.4 та ч.5 ст.260 КК, де встановлена відповідальність за злочини, вчинені в складі не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань. В них, передбачені, по суті складені злочини (передбачена законодавцем сукупність злочинів), коли в межах однієї норми об’єднано посягання, які становлять собою самостійні злочини. Тому щодо аналізованих посягань обґрунтоване вище правило про необхідність кваліфікації злочинів, вчинених в складі злочинної організації за сукупністю застосовуватися не може. Разом із тим, правильність рішення, прийнятого законодавцем, обрана ним редакція диспозиції та вид санкції цієї статті КК викликає серйозні сумніви. Застосування кримінальної відповідальності за створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань і вчинення злочинів у їх складі істотно спростилася б, коли б ч.4 та 5 були взагалі виключені зі ст..260 КК.

Таким чином, можна стверджувати, що самостійна кваліфікація окремих злочинів, вчинених в складі злочинних організацій, визнання наявності в аналізованих ситуаціях сукупності злочинів базується на принципах кримінально-правової кваліфікації, дозволяє досягти завдань кримінального закону.

Проблема кваліфікації діянь, вчинених в складі колегіальних органів

Суспільно небезпечні посягання нерідко пов'язані з діяльністю колегіальних органів. Таким чином відповідальність ніби то розподіляється на багатьох осіб і винні уникають особистого звіту за злочинні дії. Наприклад, рішення про прийняття на навчання абітурієнта, який не набрав необхідного прохідного балу, виносить приймальна комісія закладу освіти, правління акціонерного товариства скеровує частину отриманих доходів на спонсорську допомогу, не зважаючи на наявність заборгованості із заробітної плати, тендерна комісія вирішує закупити за рахунок бюджетних коштів не найкращі товари, правління банку надає кредит сумнівному позичальнику, ризикуючи коштами вкладників тощо.

В зв’язку з кримінально-правовою оцінкою такого роду діянь в теорії кримінального права часто звертають увагу на необхідність розмежування відповідальності керівників колегіальних органів та їх рядових членів, вказують, що відповідальності підлягає лише особа, яка затвердила рішення правління, комісії, ради або ж втілила його в життя шляхом видання наказу чи розпорядження, виконання інших розпорядчих дій. Так, В.Р.Мойсик, аналізуючи проблеми відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами у випадках, коли рішення про надання звідомо неправдивої інформації з метою отримання фінансових ресурсів приймається колегіальним органом, вказує, що відповідальність за незаконні дії колегіальних органів має нести службова особа, яка їх підписала, або їх затвердила своїми наказами[[102]](#footnote-102).

Такий підхід викликає ряд заперечень. По-перше, він веде до того, що рядові учасники колегіальних органів, навіть ті, які активно виступали за прийняття злочинного рішення, справили на нього вирішальний вплив, залишаються безкарними. По-друге, не враховуються ситуації при яких керівники колегіальних органів змушені підкорятися відповідним рішенням, реалізовувати їх, хоча б самі особисто й виступали проти таких рішень. Так, головуючий в судовому засіданні змушений підписати й оголосити завідомо неправосудний вирок, якщо за це проголосувало більшість складу суду. Окрема думка самого головуючого, хоча б і була зафіксована в установленому порядку, аж ніяк не дає підстави для постановлення іншого рішення. По-третє, цілком можливі випадки, коли члени колегіального органу прагнуть “підставити” свого керівника, заставити його виконувати колегіальне рішення, розраховуючи на власну безкарність. Тому не виключено, що керівник змушений буде нести відповідальність за чужі дії, що явно несправедливо і очевидно суперечить принципам кримінально-правової кваліфікації.

Тому до питання про оцінку діянь учасників колегіальних органів, якими прийняте злочинне рішення слід підходити більш виважено. При цьому можливі різноманітні ситуації, найбільшу актуальність в плані кваліфікації серед них становлять такі:

1) службова особа одноособово вчиняє ті дії, які можна вчинити лише за рішенням колегіального органу, фактично ігноруючи його наявність. Тобто, певне питання взагалі не виноситься на колегіальний розгляд;

2) рішення колегіального органу фальсифікується, наприклад, підробляється протокол і ніби-то на основі колегіального рішення вчиняються дії;

3) члени колегіального органу вводяться в оману і приймають «бажане» для службової особи рішення не знаючи фактичних обставин справи;

4) вчиняються дії всупереч рішенню колегіального органу;

5) колегіальний орган приймає рішення, бажане для певних осіб.

Стосовно оцінки перших чотирьох з наведеній ситуацій особливих труднощів виникати не повинно. Так чи інакше, вони полягають в одноособових діях, які становлять собою перевищення службових повноважень чи зловживання службовим становищем станом.

На оцінці останнього випадку, коли рішення приймається колегіальним органом, потрібно зупинитися. Для цього потрібно чітко виділити ситуації, які оцінюються. Видається, що рішення колегіальних органів слід ділити на види залежно від ступеня їх обов'язковості, остаточності:

- які мають бути затверджені керівником-єдиноначальником, мають для нього дорадчий характер;

- які безпосередньо є підставою для прийняття рішення, обов'язкові для виконанні керівником.

Крім того, потрібно окремо зупинитися на питаннях кваліфікації діянь:

- керівників колегіальних органів;

- тих членів колегіальних органів, які голосували чи в інший спосіб приймали участь у прийнятті злочинного рішення;

- членів колегіального органу, які голосували проти злочинного рішення чи утрималися при голосуванні.

**За дії, вчинені на основі рішень колегіальних органів, які мають дорадчий характер** кримінальну відповідальність має нести лише керівник, який здійснює відповідні дії. Дорадчий, а, отже, необов'язковий характер колегіального рішення означає, що у розвиток причинного зв'язку між діями учасників колегіального органу і суспільне небезпечними наслідками втручається самостійний фактор, яким є поведінка керівника. Саме його дії закономірно, з необхідністю викликають наслідки. Діяльність же колегіального органу є, скоріше, не причиною, а однією з умов настання наслідків корупційного характеру.

**Дії, вчинені відповідно до обов'язкового рішення колегіального органу** зустрічаються у двох різновидах: а) коли таке рішення співпадає з позицією керівника, який його втілює своїм наказом; б) коли керівник змушений підкоритися колегіальному рішенню, хоча сам він злочинних дій вчиняти не бажає. У першому випадку жодних проблем із кваліфікацією дій керівника не виникає - він *підлягає відповідальності за діяння, вчинені на виконання рішення колегіального органу*. В другому, очевидно, відсутні суб'єктивні ознаки, характерні для злочину, він виконує явно злочинне рішення, прийняте іншими особами. Однак, *виконання явно злочинного розпорядження чи наказу, включаючи й рішення колегіального органу, не звільняє від відповідальності. З врахуванням наведеного такий керівник повинен розглядатися не як виконавець, а як пособник певного злочину.*

**Складніше вирішуються питання відповідальності учасників колегіального органу.** Не викликає сумніву, що суб'єктом відповідальності сам колегіальний орган виступати не може. Тому має ставитися питання про відповідальність окремих фізичних осіб за дії кожного із них, вчинені в складі комісії, ради, правління тощо.

При цьому головним є обгрунтування причинового зв'язку між результатами голосування кожного учасника колегіального органу і рішенням органу в цілому. Воно пов'язане з визначенням вкладу, частки, питомої ваги голосу окремої особи у спільне рішення. При цьому важливими видаються такі міркування.

Причиновий зв'язок слід встановлювати не між діями кожного учасника колегіального органу і спільним результатом, а

- між діями окремих учасників і рішенням колегіального органу в цілому;

- між цим рішенням і наслідками, які настали.

Якщо виходити з класичних засад, то причинового зв'язку між діями учасника, який проголосував за певне рішення і його наслідками, можна й не виявити. Адже концепція *conditio sine qua поп,* її складова - «уявне ізолювання дії» передбачає, що якщо без певної дії наслідки все одно настали б, то ця дія не визнається причиною наслідку. Якщо рішення прийняте «з запасом голосів» то й голос окремого учасника в цілому не став вирішальним. Безспірно можна обгрунтувати відповідальність за умови, що цей колегіальний орган наділений ознаками злочинної організації, кожний із учасників якої відповідає за все, вчинене організацією. Однак, далеко не всі колегіальні органи виступають такими організаціями.

Інша оцінка має даватися зв'язку між голосуванням окремого учасника і спільним рішенням колегіального органу. Характер зв'язків між кожним з учасників та органом в цілому, механізм прийняття рішень шляхом голосування такий, що всі є рівними у прийнятті рішення, однаково впливають на нього, голос кожного є вирішальним. При цьому менше значення надається характеру поведінки конкретного учасника, а більше - самому факту належності до колегіального органу, який прийняв рішення. Тому, видається прийнятним вважати наявність причинового зв'язку між діями кожного, хто проголосував «за», й рішенням, прийнятим колегіальним органом.

Виходячи з наведеного пропонується запровадити правило: якщо злочин вчинено внаслідок виконання рішення колегіального органу, то за нього несе відповідальність кожний учасник такого органу, який голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю.

Конкретизуючи і розвиваючи це правило, слід вказати таке. *Якщо рішення колегіального органу є остаточним і обов'язковим (не потребує затвердження одноособового керівника), то особи, які його прийняли, відповідають як виконавці відповідного злочину*. Тоді ж, коли таке *рішення має дорадче значення, то особи, які прийняли його, виступають як пособники злочинних діянь керівника,* що своїм наказом затверджує і реалізує колегіальне рішення. Пособництво ж має місце у формі усунення перешкод вчиненню відповідного злочину. Адже, наявність колегіального рішення, хай і дорадчого за своїм значенням, є однією із умов для відповідного наказу керівника, для того, щоб він зміг зловжити своїм службовим положенням. При відсутності згоди ради, комісії, колегії, правління керівник змушений виходити за межі своїх повноважень, вчиняти перевищення влади чи службових повноважень.

Не викликає сумніву, що відповідальність за дії, вчинені при прийнятті колегіального рішення, покладати її можна лише на осіб, які виступали “за” прийняття такого рішення.

Слід відзначити, що відповідальність учасників за дії, вчинені в складі колегіальних органів, можлива лише тоді, коли рішення приймаються відкритим голосуванням чи позиція окремого його учасника може бути виявлена і зафіксована якимось іншим чином.

## 5.4. Кваліфікація невдалої співучасті та співучасті у незакінченому злочині

Загальні зауваження

В теорії кримінального права при аналізі відповідної кримінально-правової норми (ст.26 КК) звичайно вказується, що поняття співучасті сформульоване стосовно закінченого злочину, для того, щоб певних осіб можна було визнати співучасниками того чи іншого види, їх діяльність також повинна бути успішною, результативною. Відзначається, що організатор повинен організувати або керувати діями, які становлять об’єктивну сторону злочину; підбурювач - схилити іншу особу до вчинення злочину, тобто досягти того, щоб вона вчинила дії, передбачені диспозицією статті Особливої частини; пособник - надати сприяння у вчиненні злочинних діянь. Співучасть, так би мовити в чистому вигляді, вбачають там, де виконавець вчинив закінчений злочин, або принаймні досягнув стадії замаху на злочин.

Разом із тим, в практиці не поодинокі випадки, коли діяння співучасників не доводяться до кінця, тобто вони не вчиняють того, що вважають за необхідне для виконання ролі у спільному злочині, або ж злочинна діяльність виконавця злочину, вчинюваного у співучасті, переривається на стадії готування чи замаху. В кримінально-правовій літературі не лише не досягнуто єдності поглядів щодо кваліфікації подібних випадків, а навіть і іменуються вони по різному. Одні автори говорять про безнаслідкову співучасть чи невдалу співучасть[[103]](#footnote-103), інші - про співучасть на стадії готування або замаху[[104]](#footnote-104), ще інші - про співучасть при незакінченому і закіченому злочині та невдалу співучасть[[105]](#footnote-105).

Кваліфікація таких випадків складає певні труднощі, які, як відзначав свого часу І.А. Ребане, обумовлені тим, що в цих випадках пересікаються два кримінально-правових інститути - співучасть у злочині і стадії вчинення злочину[[106]](#footnote-106). Питання кваліфікації невдалої співучасті та співучасті в незакінченому злочині неоднозначно вирішуються в кримінально-правовій науці, суперечливою є і позиція практики.

Поняття невдалої співучасті

Під невдалою співучастю у злочині звичайно розуміють умисні діяння, спрямовані на вчинення злочину сумісно з іншими особами, які, однак не привели до бажаного результату. Як вказував П.Ф.Тельнов, вона утворюється тоді, коли всупереч волі винного не досягнуто сумісності діянь[[107]](#footnote-107).

Невдала співучасть має місце тоді, коли особа, яку прагнули залучити до вчинення злочину:

- одразу ж відмовилася від участі у спільному посяганні;

- спочатку погодившись на злочинну пропозицію, згодом вчинила добровільну відмову;

- виконала злочин одноосібно, без сприяння чи впливу тих осіб, які намагалися виступити співучасниками.

Невдала співучасть може полягати у спробі залучити до участі у злочині як виконавця, так і інших співучасників. Той же, хто вчиняє відповідні дії, хоче виступити співучасником, прагне виступати у ролі організатора, підбурювача, пособника злочину. Гаданий виконавець чи інший співучасник при цьому злочинних дій не вчиняє чи не підлягає за них кримінальній відповідальності в зв’язку з добровільною відмовою або ж вчиняє посягання поза співучастю. Тому він не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за злочин, вчинений у співучасті.

Однак діяльність того, хто прагнув породити спільне вчинення злочину не обмежується виявленням умислу, тобто некараною стадією розвитку злочинної діяльності[[108]](#footnote-108). Такий невдалий співучасник виконує конкретні діяння, спрямовані на вчинення злочину, злочин не доводиться до кінця з причин, незалежних від їх волі. Існує велика ймовірність того, що не досягнувши бажаного, він продовжить вплив або на цю ж особу, або на іншу й злочин у співучасті все ж буде вчинено. Тому невдала співучасть становить суспільну небезпеку і підлягає кримінально-правовій оцінці.

Види невдалої співучасті

Кримінально-правова оцінка невдалої співучасті має бути диференційована з врахуванням характеру виконуваної винним ролі, ступеня розвитку злочинної діяльності «невдалого співучасника» та причин, в зв’язку з якими співучасть виявилася невдалою. Тому питання кваліфікації такого роду посягань повинні вирішуватися з врахуванням класифікації видів невдалої співучасті.

За характером ролі, яку прагнув виконати співучасник у спільному злочині, невдала співучасть поділяється на:

- невдалу організацію злочину;

- невдале підбурювання до злочину;

- невдале пособництво.

Невдале виконання злочину - тобто випадок, коли виконавець не довів посягання до кінця, перервав його на стадії готування чи замаху - не відноситься до добровільної відмови. Дії виконавця та інших співучасників кваліфікуються за правилами про співучасть у незакінченому злочині.

Для ***невдалої організації злочину*** характерним є те, що незважаючи на зусилля організатора злочин під його керівництвом не вчиняється взагалі чи не доводиться до кінця.

Вона має місце тоді, коли:

- особи, дії яких намагається об’єднати організатор, відмовляються виконувати вказівки такого організатора, відхиляють його пропозиції про спільне вчинення злочину;

- особа, яка виконує злочин разом з організатором, вчиняє добровільну відмову;

- вчиняється невдала спроба створити організовану групу.

***Підбурювання, вважається невдалим*** тоді, коли підбурювачу не вдалося схилити підбурюваного до участі у злочині. Це буває тоді, коли:

- підбурюваний взагалі не дав згоди взяти участь у злочині (не піддався на підбурювання);

- підбурюваний спочатку погодився з пропозицією підбурювача, а згодом вчинив добровільну відмову;

- підбурюваний вчинив злочин внаслідок підбурювання іншої особи або самостійно.

***Невдале пособництво*** дещо відрізняється від невдалої організації злочину та невдалого підбурювання до злочину. Якщо для невдалих організації та підбурювання характерним є те, що злочин завжди не доводиться до кінця, то при невдалому пособництві можливе вчинення злочину виконавцем, незважаючи на відсутність сприяння з боку пособника. Це має місце тоді, коли виконавець обійшовся взагалі без сторонньої допомоги, самостійно здобув знаряддя чи засоби вчинення злочину, скористався послугами іншого пособника або без участі даного пособника діяли інші співучасники. Очевидно, що в таких випадках співучасті немає, оскільки відсутній причиновий зв’язок між діями «пособника» і вчиненням злочину іншими особами.

Невдале пособництво вбачається у таких випадках:

- обіцянка сприяти вчиненню злочину від чого інша особа відразу ж відмовляється;

- надається сприяння особі, яка взагалі не мала наміру вчиняти злочин;

- виконавець чи інший співучасник спочатку погоджується на сприяння пособника, а згодом відмовляється його прийняти;

- виконавець не зміг скористатися сприянням пособника, зокрема в зв’язку з тим, що воно надане надто пізно (після виконання об’єктивної сторони виконавцем), чи було недоступним для виконавця;

- сприяння помилково надається іншій особі. При цьому воно може бути невикористаним, якщо ця інша особа виявиться «стійкою» до спокуси вчинити злочин. Але інша особа може скористатися нагодою і вчинити злочин за допомогою такого неочікуваного сприяння.

Наведений поділ видів невдалої співучасті є загальновизнаним в літературі. Натомість класифікації видів невдалої співучасті з врахуванням ступеня розвитку злочинної діяльності належна увага не приділяється. Видається, що при цьому можна застосувати поняття готування до злочину та замаху на злочин, застосувавши їх за аналогією й до невдалої співучасті, створивши юридичні конструкції «готування до співучасті» та «замаху на співучасть»[[109]](#footnote-109).

Відносини, які регламентуються нормами КК про попередню злочинну діяльність, є найбільш близькими до тих, які існують в зв’язку з невдалою співучастю. Разом із тим, ч.1 ст.14 або ч.2,3 ст.15 КК не можуть бути застосовані до кваліфікації невдалої співучасті безпосередньо. Адже безспірно, що чинне законодавство встановлює відповідальність за співучасть у злочині, а не за готування до співучасті чи замах на співучасть. тому в формулі кваліфікації невдалої співучасті за чинним КК відповідну норму слід було б брати в дужки, а сама формула (залежно від стадії вчинення злочину) тоді матиме такий вигляд:

***(ч. 1 ст.14) - ч. ... ст.27 - стаття Особливої частини;***

***(ч. 2 ст.15) - ч. ... ст.27 - стаття Особливої частини;***

***(ч. 3 ст.15) - ч. ... ст.27 - стаття Особливої частини;***

Визначаючи ж, в яких випадках має місце готування до невдалої співучасті, а в яких замах на неї, слід враховувати вироблені в теорії кримінального права положення, що стосуються співвідношення окремих стадій злочинної діяльності. Відомо, що в головна відмінність між готуванням до злочину і замахом на злочин полягає в ступені загрози об’єкту злочинного посягання. Тому видається, що у випадках, коли невдалий співучасник одразу ж отримує відмову іншої особи спільно вчинити злочин і не вчиняє інших дій для подолання цієї відмови - має місце готування до невдалої співучасті. Якщо ж такий співучасник досяг згоди на участь іншої особи у вчиненні злочину - то він виконав замах на невдалу співучасть.

Таким чином, невдала співучасть може бути класифікована за різноманітними підставами.

**Схема: Види невдалої співучасті**

Невдала організація злочину

Невдале підмовництво до злочину

Готування до співучасті

Замах на співучасть

Невдале пособництво злочину

За ступенем розвитку злочинної діяльності

За характером виконуваної ролі

**Невдала**

**співучасть**

За причинами її невдалості

Відмова іншої особи взяти участь у злочині

Помилка співучасника

Добровільна відмова іншої особи від вчинення злочину

Запізніла або недоступна співучасть

При вирішенні питань кваліфікації невдалої співучасті оцінку слід давати як діянням самого «співучасника», якому не вдалося досягти сумісності посягання, так і осіб, що їх прагнули залучити до спільного вчинення злочину.

Питання про кваліфікацію невдалої співучасті в теорії кримінального права

З приводу кваліфікації невдалої співучасті в теорії кримінального права висловлено дві думки. Переважна більшість криміналістів вважає, що такі посягання повинні кваліфікуватися як готування до злочину[[110]](#footnote-110). В КК Російської Федерації прямо вказано, що за готування до злочину несе відповідальність особа, якій по незалежним від неї обставинам не вдалося схилити інших осіб до вчинення злочину (ст.34.5). Коментатори цього кодекса вважають, що ця норма поширюється не лише на невдале підбурювання, а й на інші види невдалої співучасті[[111]](#footnote-111). Однак поширеність відповідної позиції і авторитетність її прихильників не затуляє її слабких місць. Можуть бути висловлені принаймні чотири аргументи, які показують сумнівність кваліфікації невдалої співучасті в якості готування до злочину.

По-перше, як відзначає один із прихильників такої кваліфікації І.А.Ребане, при невдалій співучасті має місце не створення умов, а, точніше, спроба створення умов для вчинення злочину[[112]](#footnote-112). Однак, таке уточнення (а з ним не можна не погодитися), істотно міняє ситуацію. Враховуючи його неможливо обгрунтувати відповідальність за готування до злочину при невдалій співучасті. Не викликає сумніву, що незакінчені приготувальні дії, «готування до готування» чи «замах на готування» не становлять собою кримінально караної стадії вчинення злочину.

По-друге, невдала співучасть не може бути кваліфікована як готування у випадках застосування норм про злочини із спеціальним суб’єктом. Положення про те, що особа, яка не наділена ознаками спеціального суб’єкта злочину не може виступати ні виконавцем злочину із спеціальним суб’єктом, ні готуватися, ні вчиняти замах на такий злочин детально обгрунтував Ф.Г.Бурчак[[113]](#footnote-113).

По-третє, кваліфікація невдалої співучасті як готування до злочину не дозволяє відрізнити випадки, коли є спроба вчинити злочин спільно з іншими учасниками від тих ситуацій, коли особа готується вчинити злочин самостійно. Разом із тим, кваліфікація повинна точно відображати роль особи у вчиненні злочину, дозволяти врахувати найбільш небезпечні форми злочинної діяльності, до яких відноситься і залучення чи спроба залучення до злочину інших осіб.

Нарешті, по-четверте, оцінка невдалої співучасті як готування до злочину може виявитися в багатьох випадках взагалі неможливою. Мова йде про те, що за новим кримінальним законодавством Росії кримінальна відповідальність настає за готування лише до тяжких чи особливо тяжких злочинів (ст.30.2 КК РФ); КК України передбачає, що готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальну відповідальність (ч.2 ст.14 КК. Проект КК, розроблений під керівництвом проф. В.М.Смітієнка виходив з того, що «відповідальність за приготування до караного діяння та замах на нього настає лише у випадках, передбачених відповідними статтями Особливої частини цього кодексу; вони підлягають кваліфікації за цими ж статтями» (ст.30)[[114]](#footnote-114). Якщо готування до певних посягань перестане бути кримінально-караним, то неможливо буде кваліфікувати як готування і невдалу співучасть у цих же злочинах. Визнати ж безкарність невдалої співучасті в таких випадках навряд чи правильно, оскільки навіть невдала спроба вчинити злочин спільно з іншими особами свідчить про значну суспільну небезпеку посягання.

Виходячи з цього більш переконливою видається пропозиція кваліфікувати невдалу співучасть посилаючись як на норму про попередню злочинну діяльність, так і на норму про співучасть у злочині, а також на норму Особливої частини про злочин, який винний намагався організувати, до якого підмовити чи якому сприяти. Щоправда, і прихильники цієї позиції далеко не єдині в своїх поглядах. Одні з них вважають, що невдала співучасть становить собою готування до співучасті[[115]](#footnote-115), інші - що в такому випадку має місце замах на співучасть[[116]](#footnote-116), ще інші не деталізують того, про яку стадію попередньої злочинної діяльності повинна йти мова[[117]](#footnote-117). Тому, підтримуючи думку про кваліфікацію невдалої співучасті за конструкцією попередньої злочинної діяльності стосовно співучасті у злочині, слід її розвинути.

В цілому аргументи прихильників кваліфікації з посиланням на відповідні частини ст.14 або 15 і 27 КК видаються вагомими. Така кваліфікація дозволяє усунути суперечності оцінки невдалої співучасті як готування до злочину, диференціювати відповідальність особи, яка готується до злочину одна та тієї, що прагне вчинити злочин спільно з іншими. Саме така кваліфікація дозволяє по одному оцінити ті випадки, коли співучасник повністю виконав свою роль, але виконавець не вчинив злочину, та по іншому - коли організатор, підбурювач, пособник не виконали свою роль до кінця[[118]](#footnote-118).

Найбільш істотним запереченням проти кваліфікації невдалої співучасті як готування чи замаху на співучасть є те, що в таких випадках як правило суспільно небезпечне посягання вчиняє лише одна особа. Той же, хто відразу відмовився від злочинної пропозиції чи згодом передумав брати участь у злочині, кримінальній відповідальності не підлягає. Участь же у злочині лише однієї особи виключає наявність співучасті.

Спростовувати цей аргумент через його очевидність неможливо, але й водночас непотрібно. Адже аналізована конструкція кваліфікації невдалої співучасті побудована на юридичній фікції. Саме тому, що співучасть відсутня, а є лише прагнення до співучасті, скоєне і кваліфікується як відповідна попередня злочинна діяльність. Прикладів аналогічної кваліфікації при якій відсутні ознаки складу злочину «заміщують» посиланням на ст.14 або 15 КК в кримінальному праві є немало. Так, як замах на злочин кваліфікують посягання при фактичній помилці; діяння, спрямовані на вчинення злочину при відсутності об’єктивної сторони кваліфікують як готування до злочину і т.д. Якщо скоєне визнається готуванням до злочину або замахом на злочин при відсутності об’єкта посягання, суспільно небезпечного діяння або наслідків - то чому не можна його визнати таким при відсутності суб’єкта - особи, яка повинна була виступити співучасником? До того ж, у випадках, коли особа спочатку погоджується взяти участь у злочині, а згодом міняє свій намір, посягання невдалого співучасника вчиняється за ознак фактичної помилки, яка, як загальновизнано, кваліфікується як замах на відповідний злочин.

Кваліфікація невдалої співучасті при якій бажаний співучасник одразу ж відмовляється взяти участь у злочині

Було б неправильним оцінювати всі ситуації, які виникають в зв’язку з невдалою співучастю, однаково. Адже в одних випадках невдалий співучасник не вчиняє ніяких конкретних дій для реалізації свого злочинного наміру, в інших - лише починає вплив на других осіб для вчинення з ними злочину, а ще в інших повністю виконує дії, достатні для того, щоб при успішному завершенні злочину визнати їх співучастю.

Очевидно, що всі перелічені вище випадки, характерні для невдалої організації злочину, невдалого підбурювання і невдалого пособництва виходять за межі виявлення умислу. Пропозиція про участь у злочині, обіцянка сприяння - це вже конкретна дія, спрямована на те, щоб викликати відповідну поведінку іншої особи, породити співучасть. Разом із тим, такі дії - це не більше, як створення умов для спільного вчинення злочину, створення умов для співучасті. Тому *організаторські дії, на які не відгукнулися інші особи; підбурювання, при якому особу не вдалося схилити до участі у злочині; пропозиція про надання сприяння у вчиненні злочину, що була відхилена має кваліфікуватися як готування до організації, готування до підбурювання, готування до пособництва відповідного злочину.*

**Схема: Кваліфікація невдалої співучасті, при якій бажаний співучасник одразу ж відмовляється від участі у злочині**

Кваліфікація невдалої співучасті - при якій бажаний співучасник одразу ж відмовляється від участі у злочині

Пособництво - пропозиція про допомогу, від якого інша особа відмовилася.

Підмовництво, при якому іншу особу не вдалося схилити до злочину.

Організація дій іншої особи, яка відмовляється взяти участь у злочині.

Відсутнє посягання кількох осіб - співучасті немає; відсутнє створення умов для вчинення злочину - готуванння немає.

Готування до співучасті

(у невдалого співучасника)

(ч.1 ст.14) - ч. ... ст.27 - норма Особливої частини

Недонесення про злочин

Відповідальність лише службової особи

Кваліфікація невдалої співучасті при добровільній відмові бажаного співучасника

Якщо бажаний співучасник спочатку погоджується на пропозицію спільно вчинити злочин, приймає сприяння, починає виконувати конкретні дії, спрямовані на спільне вчинення посягання, а згодом відмовляється брати участь у злочині, то його добровільна відмова не повинна впливати на кваліфікацію дій невдалого співучасника. А.Н. Трайнін свого часу відзначав, що співучасть не амністує і не може амністувати злочинця на тій підставі, що він діяв не один, а з іншими особами, з яких одна (виконавець) злочину не вчинила. Звідси зовсім ясно, що підмовник або пособник відповідають за ті конкретні дії, котрі кожний із них вчинив[[119]](#footnote-119). Адже конкретні дії невдалого співучасника безпосередньо спрямовані на спільне вчинення злочину, він для досягнення своєї мети вчиняє все необхідне і достатнє, злочин же не вчиняється з причин, незалежних від нього. Тому в таких випадках *вбачаються ознаки замаху на співучасть у злочині у невдалого співучасника. Особа ж, яка добровільно відмовилася від злочину не підлягає за нього кримінальній відповідальності.*

Кваліфікація невдалої співучасті при добровільній відмові бажаного співучасника.

Дії невдалого співучасника закінчена спільна злочинна діяльність доведена до кінця з причин, не залежних від його волі

Добровільна відмова співучасника, якому надавалося сприяння.

Добровільна відмова співучасника, який був схилений до участі у злочині підмовником.

Добровільна відмова співучасника злочин з участю якого був організований або яким керував винний

Замах на співучасть

(ч.2 ст.15) ч. ... ст.27 - норма Основної частини

Недонесення

Відповідальність лише службої особи

Кваліфікація невдалої співучасті - коли дії «співучасника» помилково вчинені стосовно сторонньої особи

Невдалість співучасті може бути викликана і помилкою того, хто прагнув виступити співучасником, коли дії такого «співучасника» вчинені стосовно сторонньої особи. Практично це може мати місце при невдалій організації злочину та невдалому пособництві. Невдала організація в таких випадках полягає у вчиненні організаційних дій щодо не тієї особи, яка схилена до участі у вчиненні злочину підмовником. Так, при розслідуванні кримінальної справи про крадіжку майна з магазину продовольчих товарів було встановлено, що Іван підмовив вчинити цей злочин раніше не знайомих між собою Степана та Дмитра. При цьому Дмитро, неодноразово судимий за крадіжки, відповідно до розробленого ним плану заздалегідь прийшов на місце вчинення злочину, переконався у відсутності сторонніх осіб та виключив сигналізацію, зірвав замок з вхідних дверей і став чекати Степана. Побачивши на протилежному боці вулиці чоловіка, якого сприйняв за очікуваного співучасника, Дмитро покликав його до себе й звелів виносити коробки з майном з магазину, а сам тим часом телефоном повідомив Івана, що пора під’їжджати за викраденим. Згодом виявилося, що Степан перепутав час вчинення злочину й прийшов на годину пізніше, а Дмитро керував діями Бориса, який випадково опинився біля магазину, зрозумів, що вчиняється крадіжка.

При цьому можливі принаймні два варіанти розвитку подій. В першому - така стороння особа відгукується на організаційні дії, приєднується до злочину. Тобто, по суті відбувається зміна співучасника - злочин вчиняється у співучасті, але в іншому складі співучасників.

Саме це сталося в наведеному випадку. Борис вирішив приєднатися до крадіжки і виконав вказівки організатора злочину. Дії Дмитра виявилися невдалими стосовно організації злочину з участю Степана, водночас він виступив організатором злочину з участю іншої особи.

Виникає конкуренція норм, які передбачають невдалу співучасть та співучасть успішну. Враховуючи, що кожна наступна стадія розвитку злочинної діяльності поглинає собою попередню стадію, а також, що з точки зору закону не має значення стосовно кого персонально були вчинені організаторські дії, скоєне в такому випадку слід кваліфікувати як співучасть у злочині - його організацію.

При іншому розвитку подій - коли стороння особа не виконує вказівок організатора - співучасть у злочині відсутня, немає ні об’єктивних, ні суб’єктивних її ознак. Тому таку невдалу співучасть слід кваліфікувати як замах на організацію злочину.

Аналогічно оцінюється і невдале пособництво в ході якого сприяння помилково надається іншій особі. *Якщо така стороння особа скористається неочікуваним сприянням і вчинить злочин* за допомогою знарядь чи засобів, що потрапили в її розпорядження, скористалася створеними умовами не усвідомлюючи їх походження, *то вона відповідає за злочин, вчинений поза співучастю. Дії невдалого пособника кваліфікуються як замах на пособництво.* *Коли ж стороння особа не скористалася сприянням і злочин не вчинила,* то посягання невдалого пособника не можна вважати закінченою співучастю - відсутні її об’єктивні і суб’єктивні ознаки. *Такі дії становлять собою замах на пособництво.*

**Схема: Кваліфікація невдалої співучасті - коли дії “співучасника” помилково вчинені стосовно сторонньої особи**

Кваліфікація невдалої співучасті - коли дії “співучасника” помилково вчинені стосовно сторонньої особи

Сприяння пособника помилково надане іншій особі.

Організаторські дії вчинені стосовно не тієї особи, яка повинна була брати участь у злочині

Яка вчиняє злочин з його використанням

Яка знаряддями засобами, створеними умовами тощо не скористалася

Яка не виконала вказівок “організатора"

Особа взяла участь у злочині

Співучасті немає - відсутні суб’єктивні ознаки

Відбулася зміна співучасника - злочин вчинено у співучасті в іншому складі співучасників

Співучасті немає - відсутні і об’єктивні і суб’єктивні ознаки.

Співучасть у злочині

ч. ... ст.27 - норма Особливої частини

Замах на організаціяю злочину

ч.2 ст.15 - ч.3 ст.27 - норма Особливої частини

Замах на пособництво

ч.2 ст.15 - ч.5 ст.27 - норма Особливої частини

Злочин вчинений поза співучастю

Кваліфікація співучасті при помилці в ознаках співучасника

Зустрічаються випадки, коли співучасник помиляється відносно віку чи осудності іншого співучасника. Наприклад, організатор вважає виконавця злочину таким, який досягнув 16-річного віку, насправді ж він є молодшим. В теорії кримінального права такі випадки пропонується оцінювати по різному. Одна з позицій полягає у тому, що всі випадки використання таких осіб повинні вважатися посереднім виконанням, незалежно від освідомленості про те, що фактичний виконавець виявився неосудним чи малолітнім[[120]](#footnote-120). Однак такий підхід не дозволяє врахувати, що фактично злочин вчинено у співучасті, шляхом об’єднання зусиль кількох осіб. Друга зводиться до того, що помилка в ознаках співучасника не повинна впливати на оцінку посягання, воно повинно кваліфікуватися як закінчений злочин, вчинений групою осіб[[121]](#footnote-121). Проте повноцінної групи в такому випадку немає, адже вона складається лише з однієї особи, яка підлягає кримінальній відповідальності. Нарешті третя посягає в тому, що такі посягання належить кваліфікувати як замах на вчинення групового злочину[[122]](#footnote-122). Ця думка видається такою, яка найбільш повно відповідає загальним засадам кваліфікації при наявності помилки та кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті. Відсутність певної ознаки посягання, при помилковому уявленні винного щодо її наявності, дає підставу кваліфікувати скоєне як замах на відповідний злочин.

Тому *діяння співучасника, який помилявся в наявності відповідних ознак співучасника належить кваліфікувати як замах на вчинення злочину у співучасті.*

Кваліфікація невдалої співучасті - коли вплив чи сприяння співучасника недоступні чи запізнілі

Спільність посягання може бути не досягнутою і внаслідок того, що діяння організатора, підбурювача чи пособника виконані, але залишилися невідомими іншим співучасникам або запізнілими - вчиненими вже після виконання ними злочину.

Так, по одній із справ було встановлено, що підмовник схиляв вчинити злочин зовсім глуху людину, яка не могла чути того, що їй пропонують. Незважаючи на все краснобайство підмовника, бажаного результату він так і не досягнув.

При цьому можливі такі ж варіанти розвитку подій, як і при інших видах невдалої співучасті. Перший, коли злочин не вчиняється в зв’язку з тим, що дії організатора, підбурювача, пособника залишилися невідомими або запізнілими. Тоді скоєне невдалим співучасником кваліфікується як замах на співучасть.

Другий - коли злочин вчиняється безвідносно до поведінки невдалого співучасника. В такому випадку співучасть відсутня, оскільки немає причинового зв’язку між поведінкою невдалого співучасника і діянням виконавця. Враховуючи, що невдалий співучасник виконав свою роль - вчинив дії, необхідні для організації злочину, підбурювання до злочину, пособництва злочину, його посягання має кваліфікуватися як замах на співучасть; особа, яка вчинила злочин поза співучастю, відповідає лише за нормою Особливої частини.

**Схема: Кваліфікація невдалої співучасті - коли вплив чи сприяння співучасника недоступні чи запізнілі**

Кваліфікація невдалої співучасті - коли вплив чи сприяння співучасника недоступні чи запізнілі.

Сприяння виконавцю або іншим співучасникам недоступне ним або надане після виконання ними посягання

Організаторські або підсобницькі дії залишилися невдалими іншим співучасникам або вчинені після виконання ними посягання

Злочин не вчинено в зв’язку з відсутністю сприяння.

Злочин вчинено не зважаючи на відсутність сприяння пособника.

Злочин вчинено не зважаючи на відсутність дій організатора.

Злочин не вчинено в зв’язку з відсутністю дій організатора.

Співучасть відсутня - немає і об’єктивних і суб’єктивних її ознак.

Співучасть відсутня - немає і об’єктивних і суб’єктивних її ознак.

Співучасть відсутня — немає причинового зв’язку.

Недонесення про злочин організатора.

Відповідає лише службова особа

Замах на організацію співучасті (у “невдалого організатора”), замах на підбурювання.

Ч.2 ст.15 - ч.3 ст.27 - норма Особливої частини.

Ч.2 ст.15 - ч.4 ст.27 - норма Особливої частини

Злочин вчинений поза співучастю

Норма Особливої частини.

Замах на пособництво (у “невдалого пособника).

Ч.2 ст.15 - ч.5 ст.27 - норма Особливої частини.

Недонесення про злочин пособника.

Відповідає лише службова особа

Поняття співучасті у незакінченому злочині

Співучасть у незакінченому злочині має місце тоді, коли діяльність виконавця переривається на попередніх стадіях. На відміну від невдалої співучасті, коли спільне вчинення злочину взагалі відсутнє, при співучасті у незакінченому злочині виконавець вчиняє кримінально карані діяння, реалізуючи спільний задум. Тобто, для співучасті у незакінченому злочині характерною є діяльність виконавця. В зв’язку з цим виникає питання стосовно якої стадії вчинення злочину можлива співучасть - чи може мати місце незакінчена співучасть, коли виконавець досягнув лише стадії готування до злочину, чи така співучасть повинна виражатися лише в замаху на злочин.

В теорії кримінального права висловлена думка, що співучасть на стадії готування до злочину взагалі неможлива, обгрунтовував її І.А.Ребане[[123]](#footnote-123). Свою позицію він пояснював це тим, що змова про сумісне вчинення злочину носить надто неконкретний, недеталізований характер, і в ній ще не передбачено, яку роль кожна особа буде виконувати в майбутньому при спільному вчинення злочину. Крім того, в рамках зговору, на думку цього вченого, неможливо виділити виконавця злочину відповідно з його ознаками, закріпленими в законі[[124]](#footnote-124).

Однак з наведеними аргументами погодитися важко. По-перше, готування до злочину може виражатися не лише в змові на спільне вчинення злочину, а і в інших, куди більш конкретних діяннях. Надання для виконавця відмичок, призначених для використання в ході квартирної крадіжки це вже більше, ніж змова, але ще й не замах на вчинення злочину. По-друге, і сама змова буває вельми конкретна, в її ході цілком можливий розподіл ролей, в тому числі й виділення виконавців злочину. По-третє, некоректним видається проведене І.А.Ребане співставлення даного в законі визначення виконавця злочину як особи, яка *безпосередньо* вчинила злочин і поняття замаху на злочин як дії, *безпосередньо* спрямованої на вчинення злочину виходячи з якого робиться висновок, що про виконавця злочину можна говорити з того моменту, коли вчинення злочину досягло стадії замаху[[125]](#footnote-125). Послідовно здійснюючи таке співставлення й проводячи його в зворотній бік, слід було б дійти до явно абсурдного висновку, що виконавцем злочину повинна визнаватися особа, яка вчиняє замах на злочин. Очевидно, що більш прийнятною є загальновизнана позиція, згідно з якою безпосереднє вчинення злочину виконавцем охоплює виконання нею об’єктивної сторони злочину особисто чи через інших осіб, а також замаху на злочин та готування до злочину.

Непереконливими виглядають і наведені І.А.Ребане приклади, які, на його думку свідчать про неможливість співучасті в готуванні до злочину. Розуміючи, що «суперечка прикладів» далеко не кращий прийом в науковій дискусії, все ж наведемо такий, що підтверджує можливість співучасті в готуванні до злочину.

З метою спільного вчинення злочину Анатолій виготовив набір відмичок та пристрій, який блокував роботу системи сигналізації й передав ці знаряддя Миколі (який знаходився в розшуку за підозрою у вчиненні вбивства) та Івану, що повинні були проникнути в житло й вчинити там крадіжку. По дорозі до місця вчинення посягання Микола та Іван були затримані працівниками міліції в зв’язку з орієнтуванням про розшук, в ході огляду в них були виявлені знаряддя для квартирної крадіжки.

Очевидно, що в цьому випадку всі названі особи вчинили не замах на крадіжку, а лише готування до неї, оскільки виконавці до об’єктивної сторони посягання ще не приступили. Водночас це готування поєднане із співучастю, так як злочин вчинено спільно кількома особами - має місце співучасть у злочині, перерваному на стадії готування.

Таким чином, можна зробити висновок, що співучасть у незакінченому злочині може мати місце на стадії як готування, так і замаху.

Кваліфікація співучасті у незакінченому злочині

Насамперед слід зауважити, що формула кваліфікації при співучасті в незакінченому злочині повинна відображати, по-перше те, що злочин вчинений у співучасті, по-друге те, що посягання не є закінченим, по-третє, ступінь виконання посягання співучасником - те, що організатор, підбурювач, пособник виконали свою роль, а виконавець вчинив лише готування до злочину або замах на злочин, тобто відрізнятися від формули кваліфікації невдалої співучасті. Слід також враховувати загальновизнане положення, згідно з яким стадія злочину, вчиненого такими співучасниками, як організатор, підбурювач, пособник визначається з врахуванням стадії посягання, виконаного його виконавцем. Тобто, якщо виконавець не вчинив закінчений злочин, то й інші співучасники не можуть нести відповідальності за закінчене посягання.

В теорії кримінального права і правозастосовній практиці пропонуються і зустрічаються такі варіанти кваліфікації співучасті в незакінченому злочині які не в повній мірі відповідають наведеним вимогам:

1) скоєне кваліфікується як відповідний закінчений злочин, вчинений у співучасті, тобто з посиланням лише на відповідну частину ст.27 та норму Особливої частини КК. Наприклад, пособництво крадіжці чужого майна, виконавець якої вчинив лише замах на цей злочин, кваліфікуються так:

***ч.5 ст.27 - ч.1 ст.185 КК України.***

Така кваліфікація видається недосконалою, оскільки з неї не видно, що злочин не є завершений;

2) скоєне кваліфікується як відповідне незакінчене посягання, тобто з посиланням на ч.1 ст.14 або ч.2,3 ст.15 та норму Особливої частини КК. Формула ж кваліфікації у наведеному вище гіпотетичному випадку може виглядати таким чином:

***ч.2 ст.15 - ч.1 ст.185 КК України.***

Недолік такої кваліфікації очевидний - вона не відображає того, що злочин вчинений не однією особою, а у співучасті;

3) скоєне кваліфікується з посиланням одночасно на частину ст.27 КК, яка передбачає відповідальність певного виду співучасника, на частину ст.14 або 15 КК, що вказує на стадію злочину, виконаного виконавцем та на норму Особливої частини КК. При цьому формула кваліфікації виглядає, наприклад, так:

***ч.2 ст.15 - ч.5 ст.27, ч.1 ст.185 КК України.***

Однак і ця кваліфікація далеко не бездоганна. Заперечення щодо неї полягають у тому, що спотворюється зміст співучасті. Адже ст.26, 27 КК сконструйовані стосовно закінченого злочину.

Видається, що вказаних недоліків позбавлена й відповідає задекларованим вище вимогам кваліфікація при якій спочатку вказується, що має місце співучасть у злочині, а вже потім - стадія посягання, виконаного виконавцем. Виглядає ж формула кваліфікації в розглядуваному випадку так:

***ч. ... ст.27 - ч. ... ст.15 - норма Особливої частини***

## 5.5.Кваліфікація співучасті в злочинах із спеціальним суб’єктом

Загальні положення кваліфікації співучасті у злочинах із спеціальним суб’єктом

Виконавцем злочинів зі спеціальним суб’єктом може бути лише особа, наділена відповідними ознаками, вказаними в диспозиції статті Особливої частини. Звідси випливає, що особа, яка не є спеціальним суб’єктом, в індивідуальному порядку не може нести відповідальності за відповідними нормами. Обговоренню підлягає лише питання про можливість вчинення таких злочинів в співучасті із спеціальним суб’єктом[[126]](#footnote-126).

В теорії кримінального права питання про співучасть осіб, не наділених ознаками спеціального суб’єкта - загальних суб’єктів - в злочинах із спеціальним суб’єктом вирішується неоднозначно. Одна з позицій полягає в проголошенні недопустимості такої співучасті, виходячи з того, що це приведе до безмежного розширення коло осіб, які підлягають кримінальній відповідальності, підірве в самій основі ідею виділення самостійних складів злочинів з спеціальним суб’єктом[[127]](#footnote-127).

Інша зводиться до того, що співучасть у злочинах із спеціальним суб’єктом може мати місце у випадках, прямо передбачених законом, й не допускається тоді, коли закон окремо не передбачає можливості відповідальності приватних осіб за нормами про злочини спеціальних суб’єктів[[128]](#footnote-128). Вона базується на тому, що в КК питання про співучасть осіб, які не наділені ознаками спеціального суб’єкта, вирішено лише щодо військових злочинів. В ч.2 ст.401 КК даний перелік суб’єктів військових злочинів, а в ч.3 цієї ж статті встановлено, що “особи, не зазначені у цій статті, за співучасть у військових злочинах підлягають відповідальності за відповідними статтями цього розділу”. Виходячи з цього стверджується, що стосовно всіх інших злочинів закон не допускає можливості кваліфікації посягань приватних осіб за нормами, які встановлюють відповідальність спеціальних суб’єктів. Обгрунтовану критику такого підходу дає В.В.Устименко, який відзначає, що закон не містить прямої заборони співучасті у злочинах з спеціальним суб’єктом, положення КК про співучасть поширюються на всі діяння, вказані в Особливій частині (в тому числі і вчинювані спеціальним суб’єктом), практика визнає можливість такої співучасті, а військовослужбовець як спеціальний суб’єкт злочинів за своєю юридичною природою нічим не відрізняється від інших спеціальних суб’єктів[[129]](#footnote-129).

Тому слід погодитися з пануючим в даний час підходом згідно з яким співучасть у злочинах із спеціальним суб’єктом допускається, а, відповідно, посягання осіб, не наділених ознаками спеціального суб’єкта, можуть кваліфікуватися за нормами Особливої частини, які встановлюють відповідальність спеціальних суб’єктів[[130]](#footnote-130). Однак і криміналісти, які допускають співучасть у злочинах із спеціальним суб’єктом, не єдині в думках стосовно того, співучасником якого виду може виступати особа, не наділена ознаками такого суб’єкта.

Кваліфікація організації злочину із спеціальним суб’єктом особою, які не наділена ознаками такого суб’єкта

В теорії кримінального права свого часу стверджувалося, що загальний суб’єкт не може виступати організатором ряду злочинів, зокрема службових. Аргументувалося це тим, що при сумісній злочинній діяльності приватна особа неодмінно потрапляє в залежність від службової особи[[131]](#footnote-131), і, отже, керує злочинною діяльністю службова особа. В правозастосовній практиці, як відзначає В.В.Устименко, також поширений підхід, відповідно з яким дії приватних осіб, що фактично виконували організаторські функції при вчиненні розкрадання майна шляхом зловживання службовим становищем, кваліфікуються як пособництво чи співучасть без конкретизації виконуваної ролі[[132]](#footnote-132).

Однак більш переконливою видається думка згідно з якою особа, яка не наділена ознаками спеціального суб’єкта, може виступати організатором відповідних злочинів - організовувати або керувати діями спеціальних суб’єктів. Вона не суперечить чинному кримінальному законодавству, оскільки з ч.3 ст.27 КК не випливає, що для того, щоб організувати будь-який злочин чи керувати його вчиненням, потрібна наявність спеціальних ознак в тих випадках, коли вони названі в диспозиції статті Особливої частини.

На сьогодні така позиція є загальноприйнятою в кримінально-правовій теорії, підтримується в керівних вказівках вищих судових органів, закріплена в новому зарубіжному законодавстві. Пленум Верховного Суду України в п.12 постанови від 7 жовтня 1994 р. (з наступними змінами) «Про судову практику в справах про хабарництво» вказав, що дії особи, яка організувала одержання хабара, кваліфікуються як співучасть у одержанні хабара. Хоча в цій постанові прямо й не сказано, на яку частину статті КК, яка визначає види співучасників слід посилатися при кваліфікації дій приватної особи, яка організувала одержання хабара, вказівка на роль організатора не викликає сумніву, що Верховний Суд України вважає за потрібне визнати таку особу саме організатором службового злочину. В ст.34.4 КК Російської Федерації прямо сказано, що особа, яка не є суб’єктом злочину, спеціально вказаного у відповідній статті Особливої частини цього кодексу, що приймала участь у вчиненні злочину, передбаченого цією статтею, несе кримінальну відповідальність за цей злочин як *організатора* (В.Н.), підбурювач або пособник.

Тому за загальним правилом, організатором злочинів із спеціальним суб’єктом може бути будь-яка особа. в тому числі й не наділена ознаками такого суб’єкта. *Дії організатора злочину - особи, не наділеної ознаками спеціального суб’єкта, кваліфікуються за ч.3 ст.27 КК та нормою Особливої частини, яка передбачає злочин, виконавцем якого є спеціальний суб’єкт.*

Це, однак не означає, що дії такої особи у всіх випадках кваліфікуються за нормою Особливої частини, яка передбачає відповідальність спеціального суб’єкта. На організацію злочину із спеціальним суб’єктом поширюються викладені вище положення про значення обставин, які відносяться лише до особи виконавця злочину, посилюють чи пом’якшують лише його відповідальність. Тому у випадках, коли закон диференціює відповідальність залежно від особи винного, дії організатора злочину кваліфікуються за загальними нормами Особливої частини, а не кваліфікованими чи привілейованими. Наприклад, дії організатора вбивства матір’ю своєї новонародженої дитини кваліфікуються за ч.3 ст.27 - ч .1 або 2 ст.115 КК, а не за ч.3 ст.27 - ст.117 КК.

**Схема: Кваліфікація дій організатора злочину зі спеціальним суб’єктом**

Кваліфікація дій організатора злочину зі спеціальним суб’єктом

Відповідальність не диференційована в залежності від ознак суб’єкта

Відповідальність диференційована з врахуванням ознак суб’єкта

Дії організатора кваліфікується за ч.3 ст.27 та нормою Особливої частини, що і дії виконавця.

Дії виконавця кваліфікується з врахуванням наявних в нього ознак, що посилають або пом’якшують відповідальність

Дії організатора кваліфікується за ч.3 ст.27 та нормою Особливої частини , яка передбачає злочин загального суб’єкта

## 

Кваліфікація дій підмовника, пособника злочину із спеціальним суб’єктом

В теорії кримінального права одностайною є думка, що підбурювачем та пособником злочину із спеціальним суб’єктом може бути особа, яка не наділена ознаками такого суб’єкта. Дії цих співучасників кваліфікуються, виходячи з тих же засад, що і дії організатора злочину із спеціальним суб’єктом.

Кваліфіфкація дій співвиконавця злочину із спеціальним суб’єктом

Відомо, що особа, яка не може бути виконавцем певного злочину (в зв’язку з відсутністю ознак його суб’єкта) не може бути і співвиконавцем цього посягання. Таке положення майже одностайно визнається в літературі. Поділяє його і КК Російської Федерації, який в ч.4 ст.34 не називає співвиконавців серед співучасників, які можуть нести відповідальність за нормами про злочини із спеціальним суб’єктом. Тому особа, не наділена ознаками спеціального суб’єкта, може нести відповідальність за відповідною нормою лише тоді, коли разом із нею в цьому злочині бере участь відповідний спеціальний суб’єкт. Такий спеціальний суб’єкт виконує об’єктивну сторону злочину шляхом використання загального суб’єкта. На перший погляд він виступає підбурювачем чи організатором дій приватної особи, а та є виконавцем цього злочину. Але насправді приватна особа лише надає сприяння спеціальному суб’єкту у вчиненні злочину і виступає в ролі пособника. Спеціальний же суб’єкт, який особисто не виконує об’єктивну сторону злочину, тим не менше визнається виконавцем. У розглядуваній ситуації має місце посереднє виконання злочину.

Виходячи з цього, дії особи, яка виконує частину об’єктивної сторони злочину із спеціальним суб’єктом чи навіть всю об’єктивну сторону кваліфікуються як пособництво відповідному злочину.

Разом із тим, в теорії та правозастосовній практиці наведене положення не вважається універсальним. Допускається можливість співвиконавства у тих злочинах із спеціальним суб’єктом, об’єктивна сторона яких складається із кількох діянь, частину з яких може виконати і загальний суб’єкт[[133]](#footnote-133). Дії загального суб’єкта можуть кваліфікуватися як співвиконавство в таких злочинах за наявності наступних умов:

- в злочині приймає участь ще одна особа, яка наділена всіма ознаками суб’єкта злочину;

- ця особа виконує частину об’єктивної сторони злочину, яку може виконати лише спеціальний суб’єкт;

- загальний суб’єкт виконує іншу частину об’єктивної сторони, ту, для виконання якої не вимагається наявності ознак спеціального суб’єкта.

Тому, в злочинах, об’єктивна сторона яких включає кілька діянь, частина з яких може бути виконана загальним суб’єктом, дії загального суб’єкта кваліфікуються як співвиконавство злочину. При цьому потрібне посилання на ч.2 ст.27 КК та норму Особливої частини, яка передбачає злочин, вчинений іншим співвиконавцем - спеціальним суб’єктом.

**Схема: Кваліфікація співвиконавства у злочинах із спеціальним суб’єктом**

Кваліфікація діянь співвиконавців злочину із спеціальним суб’єктом

Особа, яка не є спеціальним суб’єктом діє разом із таким суб’єктом, виконує об’ктивну сторону злочину чи його частину

Особа, яка не є спеціальним суб’єктом діє разом із таким суб’єктом, виконує дії, відповідальність за які несе, і загальний суб’єкт

Пособництво у злочині спеціального суб’єкта

Співвиконавство - з боку спеціального суб’єкта, який виконав частину об’єктивної сторони особисто чи через загального суб’єкта

Співвиконавство - з боку загального суб’єкта, який виконав вказівку частину об’єктивної сторони

ч.5 ст.27 - норма Особливої частини яка передбачає злочин спеціального суб’єкта

ч.2 ст. 27 - норма Особливої частини, яка передбачає злочин спеціального суб’єкта

ч. 2 ст.27 - норма Особливої частини, яка передбачає злочин спеціального суб’єкта

Кваліфікація ексцесу співучасника

При ексцесі одного чи кількох співучасників інші співучасники несуть відповідальність в межах змови. Причому викладені вище положення про можливість співучасті лише в умисних злочинах повністю поширюється і на аналізовану ситуацію. Це означає, що за злочинні наслідки, які становлять ексцес, інші співучасники не можуть нести відповідальність навіть тоді, коли вони допускали можливість їх заподіяння, тобто якщо ексцес охоплювався їх необережною виною. Це інколи не враховується на практиці. Показовою в цьому відношенні є кримінальна справа по обвинуваченні К., ухвалу по якій винесла судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України.

В справі встановлено, що К. підмовила трьох неповнолітніх - М., Т. та Г. - засуджених по цій же справі - побити її співжителя С. Домовляючись з М. та іншими засудженими про побиття С., К. не обмежувала їх стосовно ступеня тяжкості ушкоджень, які мали бути заподіяні потерпілому. Виконавці злочину не лише побили потерпілого, а й проникли в його будинок, заволоділи там різними речами, а вийшовши з будинку, ще заподіли потрпілому ряд ударів, від яких настала смерть. Їх дії були обгрунтовано кваліфіковані за ч.3 ст.142, п. «а» ст.93 КК України 1960 р.. Обласним судом К. була засуджена за підмовництво до вмисного вбивства без обтяжуючих обставин та втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність.

Судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України в своїй ухвалі правильно вказала, що те, що М., Т. і Г. вийшли за межі домовленості з К. і вбили С., не може бути підставою для визнання її винною у підмовленні засуджених до вчинення умисного вбивства, бо ці обставини не охоплювалися умислом К. Далі ж ця судова інстанція прийшла до висновку, що беручи до уваги висновки судово-медичної експертизи щодо тяжкості заподіяних С. ушкоджень, слід перекваліфікувати дії К. зі статей 19 та 94 КК на ст.19 та ч.3 ст.101 цього Кодексу[[134]](#footnote-134).

З таким рішенням погодитися не можна. Адже не викликає сумніву, що злочин, передбачений ч.3 ст.101 КК, характеризується умислом стосовно тяжкого тілесного ушкодження і необережною виною стосовно смерті потерпілого. Тому така зміна кваліфікації означає не що інше, як визнання того, що К. виступила підмовником до злочину, наслідки якого заподіяні з необережності - визнання можливості співучасті у необрежному злочині. Видається, що виходячи з фактичних обставин справи, діяння К. в цій частині повинно бути кваліфіковане за ч.4 ст.19- ч.1 ст.101 КК. Підмовляючи до злочину пр неконкретизованому умислі, вона повинна нести відповідальність за фактично заподіяну шкоду - найбільшу з тієї, що охоплювалася її умислом.

## 5.6. Кваліфікація причетності до злочину

Поняття та ознаки причетності до злочину

Чинний КК поняття причетності до злочину (на відміну від поняття співучасті у ньому) не містить. Таким чином, воно становить собою теоретичну конструкцію.

В теорії кримінального права не існує загальновизнаного визначення причетності до злочину. Так, в одному з підручників з Загальної частини кримінального права України вказується, що причетність до злочину - це дія або бездіяльність, яка хоча і пов’язана з вчиненням злочину, але не є співучастю у ньому[[135]](#footnote-135). Ще одна із дефініцій, яка наводиться в навчальній літературі, полягає в тому, що під причетністю до злочину розуміється умисна дія або бездіяльність, яка пов’язана зі здійсненням злочинної діяльності іншою особою, але не є співучастю в ній через відсутність об’єктивної і суб’єктивної спільності зі злочинною діяльністю такої особи[[136]](#footnote-136). В цих визначеннях акцент зроблений на негативній ознаці - відсутності співучасті, внаслідок чого воно недостатньо інформативне. Принаймні, керуючись цим визначенням важко визначити, становлять чи не становлять собою причетність певні діяння.

Тому слід намагатися визначити поняття причетності до злочину через встановлення ознак цього правового явища. Видається, що причетність до злочину характеризується такими рисами:

1) це діяння, передбачене Особливою частиною КК. Тобто, причетність має власну об’єктивну сторону, вона становить собою конкретні діяння, описані в КК;

2) існує у формах, передбачених Особливою частиною КК. Причетність не становить собою якогось одного злочину. Це збірне поняття, яке охоплює собою ряд посягань, кожне з яких передбачене окремою кримінально-правовою нормою;

3) вона пов’язана зі злочином, вчиненим іншою особою (його ще називають *предикатним*). Тому не можна бути причетним до свого “власного” злочину - того, який вчинила особа або в якому вона виступає одним із співучасників.

Таким чином, наявність причетності передбачає вчинення принаймні двох злочинів - один із них “основний”, щодо якого має місце причетність, та інший - у вчиненні якого й полягає діяння причетної особи.

4) злочин, щодо якого має місце причетність, вже вчинений іншою особою, або є достовірно відомим підготовлюваним або вчинюваним. Він вчиняється без сприяння причетної особи - відсутній причиновий зв’язок між дільність учасників предикатного злочину і поведінкою причетної особи. Або, інакше кажучи, предикатний злочин вже вчинений чи буде вчинений і тоді, коли причетності не було б.

Відмінність причетності до злочину від співучасті у злочині

Поняття причетності звичайно досліджують в зв’язку з характеристикою співучасті у злочині. Це обумовлено наявністю певних суміжних ознак. Насамперед - це участь кількох суб’єктів злочину. Якщо причетність має місце тоді, коли є предикатний злочин, вчинений іншою особою і самостійна злочинна діяльність, то це означає, що при причетності слід давати оцінку діяльності кількох суб’єктів. Існує і певний суб’єктивний зв’язок між такими суб’єктам, як співучасть, так і причетність можливі лише щодо умисних злочинів.

Поряд зі спільними ознаками співучасті і причетності, мають місце і розбіжності між цими правовими інститутами. Для наочності їх можна відобразити у формі таблиці.

**Таблиця: Відмінність між співучастю у злочині   
та причетністю до злочину**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Розмежувальна ознака** | **Характерно для співучасті** | **Характерно для причетності** |
| Протиправність діяння | Вчиняються діяння, які не описані в статті Особливої частини КК | Визначено статтями Особливої частини КК |
| Перелік діянь, у яких полягає | Не обмежений | Обмежений |
| Кількість злочинів | Один - єдиний для всіх співучасників | Щонайменше два - предикатний, та який становить собою причетність |
| На якій стадії вчинення злочину можлива | До моменту закінчення злочину | Як щодо достовірно відомих підготовлюваних або вчинюваних злочинів, так і вже закінчених |
| Зв’язок зі злочинним результатом | Причиновий | Не причиновий |
| Роль суб’єкта в злочинній діяльності | Участь у своєму власному злочині | Відношення до злочину іншої особи |

Форми причетності до злочину

З викладеного вище випливає, що причетність може мати місце при вчиненні дій, передбачених статтями Особливої частини КК. В чинному КК прямо не вказано, які ж злочини слід відносити до причетності, а в теорії кримінального права з цього приводу є певні розбіжності.

Традиційно було прийнято вважати, що причетність до злочину існує в таких формах:

1) переховування злочину;

2) потурання злочину;

3) неповідомлення про злочин.

Такий підхід до виділення форм причетності базувався на нормах Загальної та Особливої частини КК України 1960 р. Однак в КК 2001 р., на відміну від раніше чинного законодавства немає окремої статті про відповідальність за недонесення до злочину, в Особливій частині, змінені умови кримінальної відповідальності за приховування злочину, з’явилися нові кримінально-правові норми, які інколи оцінюються як такі, що передбачають причетність до злочину. В зв’язку зі змінами в кримінальному законодавстві позиції вчених щодо виділення форм причетності уточнюються.

Так, відзначається, що недонесення законом взагалі злочином не вважається, що особа за недонесення про злочин, вчинений іншими особами, ні за яких умов не відповідає[[137]](#footnote-137). Погодитися з такою категоричною думкою важко. Адже, можна назвати принаймні три-чотири випадки, коли неповідомлення про злочин іншої особи настає кримінальна відповідальність:

- службова особа підлягає відповідальності за неповідомлення про злочин, вчинений підлеглими чи підконтрольними їй особами. Такі діяння кваліфікуються за статтями про злочини у сфері службової діяльності;

- завідомо неправдиве показання (ст.384 КК) може полягати у наданні показань, спрямованих на приховування відомостей про злочин іншої особи;

- відмова від давання показань (ст.385 КК) охоплює собою діяння, які вчиняються з метою неповідомлення про злочин, вчинений іншою особою.

- перешкоджання з’явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст.386 КК) звичайно мають на меті добитися того, щоб вказані учасники процесу не надали інформації про злочини, вчинені іншими особами.

Тому є підстави вважати, що виключення з КК окремої статті про недонесення (ст.187 КК України 1960 р.) не означає повної декриміналізації такого роду діянь.

Висловлюється думка, що аналіз положень нового КК дозволяє виділити ще один вид причетності до злочину - заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій (ст.256 КК)[[138]](#footnote-138). Відзначається, що це особливий вид причетності, оскільки такого роду причетність можлива лише щодо окремих злочинів, пов’язаних зі створенням та функціонуванням злочинних організацій, а також, що таким видом причетності охоплюються діяння, які не відпадають під інші види причетності (приховування злочину, неповідомлення про злочин, потурання злочину)[[139]](#footnote-139). Така позиція також не видається безспірною і потребує, принаймні, конкретизації та розвитку.

По-перше, в ст.256 КК передбачена відповідальність не лише за заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій, але й за укриття їх злочинної діяльності. Тому, слід уточнити, що ця стаття передбачає відповідальність за причетність до злочину в двох формах. По-друге, заздалегідь не обіцяне сприяння злочину, який вчиняється іншими особами, передбачене не лише в ст.256 КК, а і рядом інших кримінально-правових норм. Це, зокрема, сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації (ч.4 ст.258 КК), фінансування чи постачання не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ч.3 ст.260 КК), з певними застереженнями - найманство (ч.1 ст.447 КК). Закон не обмежує вчинення цих злочинів випадками, коли відповідні дії заздалегідь обіцяні. Будучи послідовним, такі злочини також слід віднести до причетності у формі заздалегідь не обіцяного сприяння злочинній діяльності інших осіб.

Таким чином, можна констатувати, що чинне кримінальне законодавство передбачає причетність до злочинів, які вчиняються іншими особами у формах заздалегідь не обіцяного:

1) потурання;

2) приховування;

3) неповідомлення;

4) сприяння.

Кваліфікація не обіцяного заздалегідь переховування організованої злочинної діяльності

Питання кваліфікації заздалегідь не обіцяного переховування організованої злочинної діяльності мають вирішуватися з врахуванням того, що така діяльність описана законодавцем в окремій кримінально-правовій нормі, передбаченій ст.256 КК. Особливо дискусійним є положення про співвідношення норм, передбачених ст.256 та 396 КК.

В ч.6 ст.27 КК чітко визначено, що заздалегідь не обіцяне приховування злочину (а те, що *приховування* і *укриття* це одне й те ж саме не викликає сумніву), придбання предметів, здобутих злочинним шляхом тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, передбачених ст. 198 та 396 цього Кодексу. Таким чином існує колізія, яка характеризується тим, що:

1) встановлення відповідальності не заздалегідь не обіцяне приховування злочину у ст.256 КК суперечить положенням Загальної частини КК;

2) відповідальність за не обіцяне заздалегідь приховування злочинної діяльності учасників злочинної організації, як і будь-якого іншого тяжкого чи особливо тяжкого злочину може наставати лише за ст.396 КК (відповідно до вимог ч.6 ст.27 КК);

3) відповідальність за заздалегідь не обіцяне приховування злочинної діяльності учасників злочинної діяльності встановлена в окремій статті Особливої частини КК ст.256 КК, вона містить спеціальну норму, яка має пріоритет перед загальною, передбаченою ст.396 КК.

Таку колізію (як і відзначену в попередньому підрозділі щодо кількості злочинів, які повинні мати на меті вчинити учасники злочинної організації), не можна вирішити на основі існуючих правових норм - в чинному законодавстві вони просто не передбачені. Можливо, такого роду колізійні норми й не потрібні, адже, “неузгодженість” між Загальною і Особливою частиною одного й того ж кодексу виходить за межі того, що можна припустити в ході законотворення. Однак, існуючи ситуацію потрібно якось вирішувати не чекаючи змін в КК. Видається, що тут знову ж таки слід керуватися одним із принципів кримінально-правової кваліфікації - відповідно до якого спірні питання вирішуються на користь особи, дії якої кваліфікуються.

Застосування вказаного принципу пов’язано в даному випадку з порівнянням правових наслідків, передбачених щодо злочинів, регламентованих ст.256 та 396 КК. Аналіз санкцій цих статей показує, що пріоритет доведеться віддати нормі, встановленій в ст.396 КК. При цьому ідея законодавця про посилення відповідальності за причетність (у форму заздалегідь не обіцяного переховування) до організованої злочинної діяльності залишиться по суті не реалізованою. Тим більш це стосується кваліфікованого виду злочину, передбаченого ст.256 КК.

Кваліфікація переховування свого власного злочину

Переховування свого власного злочину не утворює причетності і не тягне кримінальної відповідальності. Це випливає із принципу недопустимості подвійного інкримінування. Оскільки злочинні дії вже отримали юридичну оцінку - кваліфіковані як вчинення злочину одноосібно чи у співучасті, то подальша поведінка винного не становить собою злочину. В переважній більшості випадків, дії, спрямовані на переховування власного злочину не передбачені кримінальним законом як окремий злочин. Зокрема, не встановлена чинним законодавством відповідальність за знищення або розчленування трупа з метою приховати вчинений злочин, якщо такі дії скоюють особи, що вчинили вбивство.

Разом із тим, кримінальна відповідальність за відповідні діяння настає, якщо вони становлять собою інший самостійний злочин. Однак кваліфікуються такі діяння не як причетність до раніше вчиненого злочину, а за нормами про такий самостійний злочин. Так, підпал будинку, вчинений особою для того, щоб приховати нею ж крадіжку, кваліфікується за відповідною частиною ст.194 КК, службове підроблення- за ст.366 КК, протиправний вплив на свідків, потерпілих, експертів з метою уникнути дачі ними правдивих показань чи висновку - за ст.386 КК.

Відповідна оцінка має даватися і завідомо неправдивому повідомленню про вчинення злочину, вчиненому з метою відвернути увагу правоохоронних органів від власної особи, спрямувати їх діяльність в іншому напрямку. Завідомо неправдиве повідомлення не становить собою форми причетності до злочину. Тому важко погодитися з існуючою на практиці думкою, що неправдиве повідомлення про вчинення злочину, спрямоване на приховування власного злочину не повинен окремо кваліфікуватися за ст.383 КК. Подібної, як видається неправильної, позиції притримується і судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України.

Так, розглядаючи в порядку нагляду кримінальну справу В., яка вбила свою чотиримісячну дитину, труп закопала в городі біля свого будинку і в той же день звернулася до органів міліції з письмою заявою про викрадення її сина, на підставі чого було порушено кримінальну справу, судова колегія в своїй ухвалі вказала, що суд першої інстанції помилково визнав В. винною за ч.1 ст.177 КК України 1960 р.(ст.383 КК 2001 р.), оскільки її дії по написанню заяви до органів міліції були спрямовані на приховування вчиненого нею злочину, а не на завідомо неправдивий донос[[140]](#footnote-140). Разом із тим, приховування злочину виразилося в тому, що В. заховала труп вбитої дитини, подання ж до органів міліції заяви про ніби то вчинений іншими особами злочин вміненою їй ст.94 КК України 1960 р. (ч.1 ст.115 КК 2001 р.) аж ніяк не охоплюється, потребує додаткової кваліфікації за ч.1 ст.177 КК. Тут має місце реальна сукупність вбивства і завідомо неправдивого доносу. Тому правильним слід було визнати кваліфікацію скоєного здійснену на попередньому слідстві і судом першої та касаційної інстанції.

# 6. КВАЛІФІКАЦІЯ МНОЖИННОСТІ ЗЛОЧИНІВ

Раніше темі розглядалися питання кваліфікації тих випадків, коли у вчиненні одного злочину приймали участь дві чи більше особи, тобто злочинів, вчинених у співучасті. В житті нерідко зустрічаються і ситуації, коли одна особа чи група осіб вчиняє два чи більше злочинів, тобто, коли в скоєному одним суб’єктом має місце множинність злочинів. В зв’язку з кримінально-правовою оцінкою таких випадків виникає ряд питань, зокрема, чи потрібно окремо кваліфікувати кожний окремий злочин, який вчинено, якою має бути остаточна кваліфікація – за однією статтею Особливої частини чи за кількома. Ще складніше оцінити скоєне тоді, коли множинність злочинів поєднується з іншими інститутами кримінального права – стадіями вчинення злочину, співучастю, конкуренцією норм тощо. При цьому організовані форми співучасті у злочині прямо пов’язані з множинністю. Адже організована група передбачає вчинення «цього та іншого (інших) злочинів» (ч.3 ст.28 КК), злочинна організація створюється «для спільної злочинної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів» (ч.4 ст.28 КК). В зв’язку з цим необхідно встановити, чи охоплюється нормами про організовану злочинну діяльність вчинення їх учасниками посягань, передбачених іншими статтями Особливої частини КК, вирішити ряд інших питань, прямої відповіді на які в кримінальному законі немає.

КК України 2001 р., на відміну від раніше чинного кримінального законодавства, містить окремі норми, які присвячені множинності злочинів – вони об’єднані в розділ УІІ Загальної частини. Не використовуючи терміну “множинність злочинів”, закон дає поняття окремих видів множинності – повторності, сукупності та рецидиву злочинів. Однак законодавчі формулювання подекуди недостатньо чіткі й далеко не вичерпні, питання кваліфікації ні в цьому розділі, ні в інших статтях КК не регламентуються.

Разом із тим, і в теорії, і на практиці багато питань вирішуються суперечливо. Не займає єдиної позиції з приводу кваліфікації множинності злочинів і Верховний Суд України, в постановах якого є ряд суперечливих положень, які стосуються кваліфікації при множинності злочинів. Так, щодо одних категорій злочинів вищий судовий орган держави вважає необхідним окремо кваліфікувати кожний злочин, який входить в множинність, в інших же випадках рекомендує оцінювати все скоєне як посягання, передбачене однією статтею Особливої частини КК, непослідовною є і позиція щодо можливості сукупності злочинів, передбачених різними частинами однієї і тієї ж статті КК.

Опубліковані теоретичні роботи присвячені, головним чином, з’ясуванню поняття множинності злочинів, окремих її видів. В той же час питанням кваліфікації відповідних посягань увага по суті не приділяється. Хоча існує гостра потреба їх аналізу, насамперед під кутом зору реалізації принципів кримінально-правової кваліфікації.

Вказані моменти і обумовлюють необхідність вивчення самостійної теми, присвяченої кваліфікації множинності злочинів, в рамках даного спеціального курсу.

## 6.1. Загальні положення кваліфікації множинності злочинів.

Поняття множинності злочинів

З’ясування поняття “множинність злочинів” доцільно з вияснення семантичного значення слів, які утворюють цей термін.

*Множинність* означає те, що існує в багатьох формах, видах, сукупність елементів, об’єднаних за певною ознакою. Множинність знаходиться в діалектичному зв’язку з одиничним – елементами, які її утворюють. З одного боку вона протиставляється одиничному – наявність множинності означає відсутність одиничного. З іншого ж – множинність не може існувати поза одиничним, вона є формою прояву і об’єднання одиничних процесів, предметів, явищ. При цьому множинність передбачає наявність принаймні двох одиничних елементів, в розглядуваному випадку - злочинів.

Під *злочином* же в контексті множинності розуміють діяння, передбачене кримінальним законом, те, яке містить ознаки будь-якого складу злочину. Це може бути як закінчене посягання, так і готування до злочину чи замах на злочин; цим поняттям охоплюється і діяння, виконане “одноосібно”, так і вчинене в співучасті. Важливо, щоб кожне таке посягання було передбачене як окремий злочин, могло кваліфікуватися самостійно за певною статтею Особливої частини КК.

Очевидно, що множинність можуть утворювати лише діяння, за кожне із яких може наставати кримінальна відповідальність, існують як матеріально-правові, так і процесуальні підстави для притягнення до неї. При цьому слід розрізняти матеріально-правові і процесуальні перепони для визнання окремих злочинів елементами множинності. Тому, окремі злочини утворюють множинність, за умови, що:

- не сплив строк давності притягнення до кримінальної відповідальності;

- не погашена чи не знята судимість;

- особа не звільнена за даний злочин від кримінальної відповідальності в установленому законом порядку (є невідмінена постанова про звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин);

- особа не підлягає звільненню від кримінальної відповідальності в зв’язку з актом амністії;

- є скарга потерпілого у справах приватного звинувачення;

- отримана згода на притягнення до кримінальної відповідальності у випадках, передбачених законом (щодо народного депутата, судді).

Виходячи з викладеного можуть бути виведені ознаки множинності:

1) одна і та ж особа одна чи в співучасті вчинила два чи більше закінчених чи незакінчених злочини;

2) кожен із злочинів передбачений самостійною кримінально-правовою нормою, він не є необхідною ознакою іншого злочину, з числа вчинених цією ж особою (немає множинності, наприклад, при заподіянні тілесних ушкоджень в ході розбою);

3) хоча б по двох злочинах не “погашені” їх юридичні наслідки;

4) хоча б щодо двох злочинів відсутні процесуальні перепони для притягнення до кримінальної відповідальності.

Таким чином, ***множинність злочинів має місце при вчиненні однією особою двох чи більше злочинів, кожний із яких утворює ознаки самостійного складу злочину і за які особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності.***

Множинність злочинів в КК

Чинний КК, як вже відзначалося, не містить загального визначення поняття множинності. В його Загальній частині є статті, присвячені визначенню окремих видів множинності, які виділені в окремий розділ УІІ (ст.ст.32-35 КК). Крім того, **в Загальній частині врахування множинності передбачено при вирішенні цілого ряду питань**:

- наявність множинності злочинів є перепоною для застосування певних видів звільнення від кримінальної відповідальності (ст. ст. 45-48 КК);

- вчинення нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого є підставою для перериву перебігу строку давності притягнення до кримінальної відповідальності (ч.3 ст.49 КК);

- вчинення злочину повторно та рецидив злочинів є обставинами, які обтяжують покарання (п.2 ч.1 ст.67 КК);

- встановлені спеціальні правила призначення покарання при сукупності злочинів (ст.70 КК) та сукупності вироків (ст.71 КК), складання покарань (ст.72 КК);

- звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст.75 КК) передбачає врахування тяжкості злочину, особи винного та інших обставин справи – факторів, на які визначальний вплив справляє наявність множинності;

- вчинення засудженим протягом іспитового строку нового злочину є безумовною підставою для скасування звільнення від відбування покарання з випробуванням (ч.3 ст.78, ч.6 ст.79 КК);

- вчинення нового злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого є підставою для перериву строку давності виконання обвинувального вироку (ч.4 ст.80 КК);

- наявність множинності враховується при умовно-достроковому звільнення від відбування покарання (ст.81 КК) та заміні невідбутої частини покарання більш м’яким (ст.82 КК), звільненні від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей, віком до трьох років (ст.83 КК) та скасуванні цих мір;

- вчинення нового злочину до закінчення строку погашення судимості є підставою для перериву перебігу строку погашення судимості (ч.5 ст.90 КК)

- наявність множинності є перепоною для звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ч.1 ст.97 КК)

В багатьох же **статтях Особливої частини КК** такі види множинності як повторність та рецидив передбачаються як кваліфікуюча чи особливо кваліфікуюча ознака відповідних злочинів. Крім того, в Особливій частині КК передбачені норми про відповідальність за організовану злочинну діяльність, яка, за своїм визначенням, спрямована на вчинення багатьох злочинів. Отже, множинність злочинів є умовою застосування відповідних статей чи частин (пунктів) статей КК.

Таким чином, відповідальність за множинність злочинів регламентована нормами як Загальної, так і Особливої частини КК.

Види множинності злочинів

В теорії кримінального права питання про види множинності злочинів залишається дискусійним вже продовж десятків років. Причому, як відзначав М.І.Бажанов, спір йде не про види множинності, оскільки в кінцевому підсумку всі визнають, що ними є сукупність, повторність і рецидив злочинів, а про класифікацію цих видів, їх співвідношення один з одним[[141]](#footnote-141).

КК 2001 р. також називає ці три види множинності. Щоправда статті, які регламентують кожний із них, розташовані в іншому порядку: повторність – сукупність – рецидив.

Найпоширеніша в літературі класифікація видів множинності саме й зводиться до виділення вказаних трьох видів множинності і подальшого їх поділу на підвиди (М.І. Бажанов, П.С. Дагель, В.Н. Кудрявцев, А.М.Яковлєв). В цілому вона прийнятна, принаймні в навчальних цілях.

Разом із тим, не можна не відзначити, що така класифікація видів вразлива з позицій формальної логіки, оскільки:

1) вона проведена одночасно за двома підставами – наявність чи відсутність засудження (рецидив та повторність) та кількість вчинених діянь (сукупність злочинів з одного боку та повторність і рецидив – з іншого боку);

2) як самостійні види множинності виділені явища різного ступеня узагальнення (рецидив охоплюється поняттям повторності злочинів).

При класифікації видів множинності злочинів в основу слід покласти якийсь один критерій. Видається, що ним може бути характер поведінки винного – вчиняється кілька діянь, якими виконується два чи більше злочинів або ж кілька злочинів вчиняються одним діянням. З таких засад при класифікації множинності злочинів виходить ряд авторів, які спеціально досліджували цей кримінально-правовий інститут (В.П.Малков, Т.М.Кафаров).

За таким критерієм множинність можна класифікувати так:

- повторність злочинів;

- ідеальна сукупність злочинів.

В свою чергу повторність злочинів може бути поділена на види з врахуванням того, чи мало місце засудження за перший злочин (один із злочинів, які утворюють множинність):

- повторність, не пов’язана з засудженням за попередній злочин – фактична повторність;

- повторність, при якій особа була засуджена за попередній злочин – рецидив злочинів.

Крім того, повторність може бути поділена на види залежно від того, чи врахована вона в статтях Особливої частини КК, тобто за значенням, яке їй надає закон. При цьому виділяється;

- повторність як ознака складу злочину. В такому випадку закон вказує на вчинення злочину “повторно”, “особою, раніше судимою за...”;

- повторність, яка не виступає ознакою складу злочину – реальна сукупність злочинів.

Рецидив же злочинів може бути класифікований з врахуванням характеру першого і наступного злочинів, тобто того, за який особа була засуджена і наступного, вчиненого після засудження:

- загальний рецидив;

- спеціальний рецидив;

- пенітенціарний рецидив.

В цілому ж така класифікація виглядає так:

*Чи враховано в статтях Особливої частини*

*За характером злочину вчиненого до і після засудження*

*Чи було засудження за перший злочин*

**Схема: Види множинності злочинів**

Множинність злочинів

Повторність злочинів

Ідеальна сукупність злочинів

Фактична повторність

Рецидив

Як ознака складу злочину

Реальна сукупність

Загальний

Спеціальний

Пенітенціарний

*За кількістю виконаних діянь*

Існують особливості у кваліфікації кожного із видів та підвидів множинності, що й обумовлює значення наведеної класифікації.

Одиничний злочин як елемент множинності злочинів

Як вже відзначалося, множинність складається з окремих злочинів, які й виступають її елементами. Кожний із елементів множинності повинен відповідати таким ознакам:

1) становити собою самостійний склад злочину;

2) не виступати необхідною складовою іншого злочину.

Це означає, що кожний одиничний злочин передбачений окремою нормою Особливої частини КК. Якщо певне посягання “охоплюється” іншою кримінально-правовою нормою і в даному випадку не підлягає самостійній кримінально-правовій оцінці, то множинність відсутня.

Кожний одиничний злочин може виступати і як елемент множинності, і як окремий злочин, тобто може бути вчинений поза множинністю. Кримінально-правова кваліфікація множинності злочинів включає в себе кваліфікацію одиничних злочинів, які її утворюють. При цьому кожний одиничний злочин оцінюється з врахуванням стадії його вчинення, наявності чи відсутності співучасті, а його кваліфікація у певних випадках проводиться з посиланням на статті Загальної частини.

Наявність ознак незакінченого одиничного злочину – одного із елементів множинності зовсім не означає, що визначена стадія готування, замаху поширюється на всю множинність злочинів. Так само, і вчинення одного із злочинів у співучасті не стосується усіх інших злочинів, які утворюють множинність. Не існує, наприклад, незакінченого замаху на повторність певних злочинів чи підбурювання до сукупності тих чи інших злочинів.

З викладеного випливає, що при остаточній кваліфікації множинності злочинів посилання на статті Загальної частини, які стосуються окремих елементів множинності, повинні бути збережені. Однозначно, що й вказівки на статті Особливої частини, які передбачають злочин, який виявився незакінченим, чи злочин, вчинений у співучасті, мають відображатися у формулі кваліфікації множинності злочинів. Наприклад, закінчений замах на крадіжку з проникненням у приміщення та закінчену крадіжку без кваліфікуючих ознак слід кваліфікувати за ч.2 ст.15 – ч.3 ст.185, ч.1 ст.185 КК.

Питання ж про те, чи слід окремо кваліфікувати окремі злочини, які утворюють множинність в інших випадках, зокрема, коли всі вони досягли однієї стадії, вчинені співучасниками одного виду чи при одній формі співучасті потребує самостійного аналізу, який буде проведений далі.

Види одиничних злочинів

Для одиничного злочину, як елемента множинності, характерно те, що він передбачений в Особливій частині КК як одне самостійне посягання. В літературі відзначається, що одиничний злочин має місце там, де він передбачений кримінальним законом як один самостійний склад злочину[[142]](#footnote-142).

Особливою частиною КК передбачаються різні види одиничних злочинів. Диспозиції одних статей вказують лише на одну однойменну ознаку – передбачають посягання на один об’єкт, містять вказівку на один вид предмета або одного потерпілого, одне діяння і один наслідок і т.д. Такі одиничні злочини пропонується називати *простими* (або унітарними).

В інших же статтях передбачені ними злочини описані таким чином, що вони передбачають порушення водночас різних об’єктів, наявність різних видів предметів чи потерпілих, можуть бути вчинені шляхом виконання кількох діянь, заподіюють кілька наслідків і т.д. В таких статтях можлива велика кількість комбінацій ознак, які утворюють окремі види злочинів. Наприклад, в ст.149 КК “Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо передачі людини” можна виділити кілька тисяч видів цього злочину, які кваліфікуються за частинами 1, 2 чи 3 названої статті. Передбачені чинним КК і злочини, об’єктивна сторона яких включає вчинення інших правопорушень. Всі такі злочини прийнято називати *ускладненими[[143]](#footnote-143).*

В плані аналізу множинності злочинів потрібно зупинитися на характеристиці саме таких злочинів, оскільки вони мають певну подібність з множинністю.

Ускладнені (складні) одиничні злочини та їх види

Питання про те, які одиничні злочини вважати простими, а які ускладненими (складними), в літературі вирішується неоднозначно. До ускладнених всі автори відносять злочини, об’єктивна сторона яких виконується не одномоментно, а ніби-то “розтягнута” в часі - це *триваючі* та *продовжувані* злочини. Крім того, ускладненими визнаються і злочини, склад яких охоплює вчинення двох чи більше посягань, кожне з яких передбачене і самостійною нормою і становить собою окремий склад злочин - *складені* злочини. Будучи послідовним до ускладених слід відносити і злочини, склад яких включає в себе вчинення інших правопорушень - дисциплінарних чи адміністративних проступків.

Стосовно ж злочинів з двома діями, злочинів з альтернативними діями, тих, які набувають статусу кваліфікованих видів в зв’язку з наявністю тяжких наслідків єдності думок не досягнуто. Вирішуючи це питання потрібно постійно пам’ятати, що визнання певних видів злочинів ускладненими одиничними обумовлено цілями їх розмежування з тими чи іншими видами множинності злочинів. Поза дослідженням множинності поняття ускладненого одиничного злочину навряд чи має зміст. Тому ускладнені одиничні злочини – це злочини, які мають хоча б якісь спільні риси з повторністю злочинів, рецидивом злочинів, сукупністю злочинів.

Видається, що до ускладнених слід відносити всі злочини, в диспозиціях статей про які передбачаються по кілька однойменних ознак чи певні ознаки є складними за своєю структурою. Адже в зв’язку зі складною структурою можливе різне поєднання ознак, які утворюють склад злочину, вчинення діянь чи заподіяння наслідків неодномоментно. Тобто, саме такі злочини за певними рисами співпадають з окремими видами множинності, що й викликає потребу в зіставленні ускладнених одиничних злочинів і множинності злочинів.

Виходячи з викладеного, пропонується ускладненими вважати такі одиничні злочини:

1) злочини з двома чи більше обов’язковими діяннями;

2) злочини з кількома альтернативними діяннями;

3) злочини з кількома обов’язковими наслідками;.

4) злочини, з кількома альтернативними наслідками;

5) злочини з кількома альтернативними чи обов’язковими іншими ознаками складу;

6) триваючі злочини;

7) продовжувані злочини;

8) злочини, об’єктивна сторона яких містить в собі вчинення іншого правопорушення (дисциплінарного чи адміністративного проступку);

9) складені злочини.

**Схема: Види одиничних ускладнених злочинів**

Іншими ознаками складу

Наслідками

Діяннями

Обов′язковими

Альтернативними

З кількома однойменними ознаками складу злочину

Одиничні ускладнені (складні) злочини

Об′єктивна сторона яких “розтягнута” в часі

Склад яких включає інші правопорушення

Продовжувані

Триваючі

Які включають адміністративний чи дисциплінарний проступок

Складені:

злочин + злочин

Кваліфікація будь-якого з одиничних злочинів - як простих, так і ускладених, характеризується тим, що вона здійснюється лише за однією статтею Особливої частини КК. Тобто, в будь-якому випадку, одиничний злочин передбачений однією кримінально-правовою нормою, яка може бути:

- самостійною (наприклад, ч.1 ст.121 КК);

- входити як обов’язковий елемент в іншу кримінально-правову норму (ч.4 ст.187 КК).

Загальні правила кваліфікації множинності злочинів

Як підсумок з усього викладеного можна сформулювати алгоритм кваліфікації множинності злочинів. Він включає в себе послідовне вчинення таких дій:

1) кваліфікація кожного із одиничних злочинів, які входять у множинність чи встановлення того, яка кваліфікація була дана цьому злочину раніше та чи зберігає вона юридичну силу;

2) визначення того, має місце вчинення ускладненого одиничного злочину чи множинності злочинів;

3) встановлення виду множинності злочинів;

4) остаточна кваліфікація вчиненого з врахуванням виду множинності – за однією чи кількома статтями КК.

## 6.2. Кваліфікація сукупності злочинів

Поняття сукупності злочинів

Сукупність злочинів є одним із видів їх множинності. Звідси випливає, що сукупність характеризується тими ж ознаками, що й відповідне родове поняття – множинність злочинів та додатковими видовими ознаками, які виражають специфіку саме цього виду множинності злочинів[[144]](#footnote-144).

Видові ознаки сукупності злочинів, достатньо повно і точно відображені в її понятті, викладеному в ч.1 ст.33 КК. Конкретизуючи ці ознаки, можна сказати, що сукупність злочинів має місце тоді, коли:

1) *вчинене повністю не охоплюється будь-якою однією статтею Особливої частини КК*. Тобто, скоєне потрібно кваліфікувати за кількома статтями Особливої частини. В той же час сукупності немає, якщо кваліфікація скоєного відбувається з посиланням на одну статтю Особливої частини та статтю (статті) Загальної частини КК, оскільки в такому випадку має місце один злочин;

2) *кожний із злочинів, які утворюють сукупність, підлягає кваліфікації за окремою статтею чи частиною статті Особливої частини КК*.

Ця ознака дозволяє відмежувати сукупність злочинів від:

- рецидиву, при якому злочин, за який особа засуджена, кваліфікувати не потрібно, оскільки він вже отримав кримінально-правову оцінку;

- повторності злочинів, яка в певних випадках кваліфікується лише за однією статтею Особливої частини КК;

- складних одиничних злочинів, які кваліфікуються лише за однією статтею (частиною, пунктом статті Особливої частини КК).

3) *ці злочини передбачені різними статтями чи частинами статті*. Таким чином, сукупність відрізняється від повторності, для якої характерним є вчинення кількох однорідних чи тотожних злочинів, тобто тих, які передбачені однією і тією ж чи спорідненими кримінально-правовими нормами. Немає сукупності при вчиненні одного злочину при наявності кількох кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак, передбачених різними частинами або пунктами однієї статті Особливої частини КК;

4) *за жодний із злочинів, які утворюють сукупність, особу не було засуджено*. Це означає, що всі такі злочини вчинені до винесення вироку хоча за один із них. За цією ознакою сукупність злочинів відмежовується від так званої сукупності вироків. В певній мірі вказана ознака “перекликається” з першою з виділених ознак сукупності злочинів, також відмежовує сукупність злочинів від такого виду множинності, як рецидив.

З поняття сукупності злочинів випливає, що при її наявності кожний із злочинів кваліфікується окремо, а відповідальність настає за двома чи більше статтями Особливої частини КК.

Види сукупності злочинів

В ст.33 КК види сукупності не виділяються. Однак в теорії кримінального права і правозастосовній практиці традиційно виділяються два види сукупності злочинів: реальна та ідеальна. Підставою поділу сукупності на види є кількість діянь, якими вчиняється два чи більше злочини. Адже два чи більше злочини можуть бути виконання як внаслідок вчинення кількох діянь, так і внаслідок одного діяння.

***Реальна сукупність*** має місце тоді, коли особа вчиняєдва чи більше злочини двома чи більше діяннями.

***Ідеальна сукупність*** передбачає, що два чи більше злочини виконуються одним діянням.

В літературі відзначається, що реальна сукупність набагато частіше зустрічається в судовій практиці, ніж ідеальна, а саме в 90% випадків[[145]](#footnote-145).

При цьому, кожний із видів сукупності характеризується тими ж ознаками, що множинність злочинів взагалі і сукупність злочинів зокрема, а також своїми видовими ознаками. Звідси випливає, що як при реальній, так і при ідеальній сукупності вчинене кваліфікується за двома чи більше статтями Особливої частини КК.

Проблема кваліфікації сукупності кожного із видів полягає у виявленні того, чи взагалі має місце сукупність, а чи вчинено одиничний злочин, можуть чи не можуть певні діяння утворювати сукупність. Тобто, потрібно чи не потрібно все вчинене кваліфікувати за кількома нормами, чи ж воно поглинається (охоплюється) однією кримінально-правовою нормою. Для вирішення цієї проблеми насамперед потрібно зупинитися на дальшій класифікації реальної та ідеальної сукупності.

Кваліфікація реальної сукупності злочинів

Реальна сукупність злочинів, як вже відзначалося, по суті становить собою повторення злочинів. Тобто, має місце ситуація, коли одна і та ж особа спочатку вчиняє один злочин, а згодом, до засудження за перше посягання, вчиняє наступний злочин (наступні злочини).

На відміну від ідеальної сукупності, при реальній між окремими злочинами є певний розрив у часі. В зв’язку з цим якихось особливих проблем в кваліфікації реальної сукупності злочинів не виникає. Найбільш поширеними помилками, які зустрічаються в правозастовній практиці при кваліфікації реальної сукупності злочинів є:

- ігнорування того, що за один чи кілька злочинів закінчилися строки давності;

- не притягнення до кримінальної відповідальності за злочини, які видаються мало небезпечними порівняно з іншими вчиненими посяганнями;

- відсутність диференційованого підходу до визначення стадії та до визначення наявності або відсутності співучасті щодо кожного із злочинів, які утворюють сукупність.

Поняття ідеальної сукупності злочинів

Ідеальна сукупність злочинів характеризується усіма загальними ознаками сукупності, які сформульовані в ст.33 КК та які розглянуті вище. Цей же вид сукупності злочинів характеризується однією специфічною ознакою - *два або більше злочинів вчиняються одним і тим же діянням*. *Причому,одне діяння вчиняється в один і той жде час, в одному і тому ж місці.* Таке діяння одночасно є ознакою складів різних злочинів, внаслідок чого й утворюється сукупність злочинів. Звичайно, про ідеальну сукупність говорять тоді, коли заподіяні суспільно небезпечні наслідки, яки повністю не описані в жодній із статей Особливої частини КК, має місце посягання на кілька різних об’єктів кримінально-правової охорони.

Класичним прикладом, ідеальної сукупності є здійснення підпалу будинку для того, щоб спричинити смерть людини, яка там знаходиться. В такому разі одним діянням виконується два злочини - умисне знищення або пошкодження майна та умисне вбивство.

Очевидно, що далеко не завжди одним діянням “вдається” вчинити одразу кілька злочинів. Є склади злочинів, діяння в яких настільки різнорідні, що одним і тим же діянням виконати їх неможливо. Існують і інші обставини, які виключають наявність ідеальної сукупності, а тим самим і необхідність кваліфікації скоєного за кількома нормами Особливої частини КК. Тому для конкретизації поняття ідеальної сукупності злочинів та вияснення того, як же вона кваліфікується потрібно перерахувати випадки, коли ідеальна сукупність не може мати місце та відмежувати її від суміжних кримінально-правових явищ.

Випадки, коли ідеальна сукупність не може мати місце

Як вже відзначалося, наявність сукупності злочинів звичайно пов’язується з настанням наслідків, які не охоплюються жодною однією статтею Особливої частини КК, заподіянням шкоди різним об’єктам. Тому випадки, коли ситуація нагадує ідеальну сукупність злочинів, але насправді нею не є, пов’язані з характером об’єкта (об’єктів), який порушується внаслідок посягання, особливостями самого діяння та змістом наслідків, які настали, конструкціями статей Особливої частини КК.

Аналіз чинного законодавства дозволяє вказати такі **випадки, коли одним діянням не можна вчинити кілька злочинів - ідеальна сукупність злочинів відсутня**:

1) діянням *заподіяні наслідки, які вказують на порушення підпорядкованих між собою об’єктів* (коли одні об’єкти “входять” в більш широкі), причому має місце однакова форма вини. Наприклад, умисно заподіяне тілесне ушкодження, яке викликало смерть потерпілого. Тут має місце один злочин, оскільки охоронюваний об’єкт - здоров’я іншої особи “поглинається” іншим - “життя іншої особи”, який теж порушений цим же діянням. При різних формах вини не виключається наявність сукупності умисного і більш тяжкого необережного злочину. Зокрема, умисне заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження, та заподіяння смерті через необережність одним діянням кваліфікується за ч.1 ст.122, ч.1 119 КК;

2) *діянням заподіяно кілька однакових наслідків відносяться до одного того ж об’єкта*. Винний зіштовхнув потерпілого з висоти, при падінні той поламав руку і ногу, кожне з заподіяних ушкоджень становить собою тілесне ушкодження середньої тяжкості. Скоєне кваліфікується як один злочини, передбачений ст.122 КК; Якщо ж однакові наслідки стосуються різних об’єктів, то має місце сукупність злочинів. Уявимо, що винний кинув гранату в народного депутата України, поряд з яким перебував його помічник. Метою дій було вбивство депутата в зв’язку з його державною діяльністю, та вбивство помічника депутата в зв’язку з виконанням ним своїх службових обов’язків. В результаті таких дій загинули як депутат, так і його помічник. Скоєне має бути кваліфіковане за сукупністю: ст.112, п 8 ч.2 ст.115 КК;

3) *діянням заподіяні наслідки, які полягають у порушенні кількох тотожних об’єктів, причому, шкода заподіяна одному і тому ж потерпілому*. Наприклад, вчинено підпал, який спричинив знищення майна кількох видів яке належить одній і тій же особі. В той же час видається, що вчинення діяння, спрямованого проти кількох потерпілих, вимагає окремо кваліфікувати посягання щодо кожного із них. Лише така кваліфікація відповідатиме вимогам щодо її індивідуалізації та повноти, забезпечить призначення справедливого покарання, послужить гарантією реалізацію прав кожного потерпілого. Тому при захопленні кількох десятків чи сотень заручників аж ніяк не можна обійтися інкримінуванням ст.147 КК лише один раз, тим більше, що кваліфікуючі ознаки, які стосуються віку потерпілого, настання тяжких наслідків можуть мати місце лише щодо окремих із потерпілих; Щоправда, виходячи з визначення поняття сукупності злочинів, яке міститься в ч.1 ст.33 КК, така кваліфікація не може мати місця;

4) *якщо злочин вчиняється лише шляхом активної поведінки - дії, а інший може вчинятися тільки шляхом бездіяльності, або ж навпаки - має місце бездіяльність, а інший злочини вчиняється тільки шляхом дії;* Ідеальна сукупність в такому випадку немислима, оскільки однин і той же акт поведінки не може водночас виступати і як дія, і як бездіяльність;

5) *в зв’язку з особливостями суб’єктивної ставлення до вчиненого діяння*. Можлива ідеальна сукупність кількох умисних чи кількох необережних злочинів, а також умисного та необережного злочинів. Однак, виключається ідеальна сукупність необережного та умисного злочинів - якщо особа не усвідомлює суспільної небезпеки свого діяння (при необережному посяганні), то вона не може умисно діяти і щодо іншого злочину

6) *вчиненим діянням виконуються злочини, які є обов’язковою (конститутивною) ознакою посягання, передбаченого однією статтею Особливої частини.* Так, відсутня сукупність злочинів, коли здійснюється привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, коли має місце знищення майна в ході диверсії тощо;

**7)** *якщо вчинене діяння передбачене кількома кримінально-правовими нормами, які містять різні види складу одного і того ж злочину.* Не можуть утворювати ідеальної сукупності простий і кваліфікований, особливо кваліфікований, привілейовані види злочину. Наприклад, вбивство не може бути кваліфіковане як вчинене одночасно і при перевищенні меж необхідної оборони і в стані сильного душевного хвилювання;

8) *якщо вчинене діяння є попередньою стадією вчинення того самого злочину.* Якщо ж діяння становить собою самостійний злочин і, водночас, є готуванням чи замахом на інший злочин, то скоєне належить кваліфікуватися за сукупністю. Наприклад, особа придбала пістолет з метою вчинення умисного вбивства з ревнощів - скоєне має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч.1 ст.263, ч.1 ст.14-ч. ч.1 ст.115 КК;

9) *якщо вчинене діяння становить собою складову злочину, виконаного в співучасті* *і не передбачене як самостійне кримінально каране діяння.* В той же час організаторські, підбурювальні чи пособницькі дії, які становлять собою самостійний злочини кваліфікуються за сукупністю. Наприклад, з метою заставити неповнолітнього взяти участь у квартирній крадіжці його було побито, при цьому заподіяні середньої тяжкості тілесні ушкодження. Тут має місце сукупність злочинів, передбачених ч.1 ст.122, ч.4 ст.27 - ч.3 ст.185 КК.

Таким чином, можна виділити типові правозастосувальні ситуації, при яких сукупність злочинів відсутня - скоєне кваліфікується лише за однією нормою Особливої частини КК, або ж навпаки, констатується сукупність злочинів, що передбачає кваліфікацію за кількома статтями Особливої частини:

|  |  |
| --- | --- |
| **Характерно для ідеальної сукупності злочинів** | **Сукупність злочинів відсутня  (має місце один злочин)** |
| Порушення підпорядкованих між собою об’єктів при різних формах вини | Порушення підпорядкованих між собою об’єктів при однаковій формі вини |
| Заподіяні різні наслідки чи вони відносяться до різних об’єктів | Кілька однакових наслідків відносяться до одного і того ж об’єкта |
| *Заподіяна однорідна шкода кільком потерпілим[[146]](#footnote-146)* | Заподіяна однорідна шкода одному і тому ж потерпілому |
| Злочини вчиняються однаковою дією | Злочини вчинено шляхом активної поведінки, а інший може вчинятися лише шляхом бездіяльності чи навпаки |
| Два чи більше злочини вчиняються з однаковою формою вини | Діяння вчиняється через необережність, а інший злочини - умисний |
| Діяння не виступає обов’язковою ознакою іншого злочину | Діянням виконується злочини, який є обов’язковою ознакою іншого злочину |
| Кілька норм містять різні вини злочинів | Кілька норм містять різні види одного того ж злочину |
| Діяння становить одночасно і стадію вчинення певного злочину, і самостійний інший злочин | Діянням виконується попередня стадія того ж самого злочину |
| Діяння становить одночасно складову злочину, виконаного в співучасті і передбачене як самостійний злочин | Діяння становить собою складову злочину, виконаного в співучасті і не передбачене як самостійний злочине |

## 6.3. Кваліфікація повторності злочинів

Види повторності злочинів

Повторність злочинів, як випливає з самого значення цього слова, передбачає вчинення злочину, принаймні ще один раз. При цьому злочини вчиняються в різний час (на відміну від ідеальної сукупності, для якої характерним є одномоментне вчинення посягань). Тому наявність повторності передбачає кваліфікацію як першого посягання, так і наступного чи кількох наступних.

Вище відзначалося, що поняття повторності злочинів охоплює:

1) рецидив злочинів (або повторність, пов’язану із засудженням за перший злочин);

2) реальну сукупність злочинів, для якої характерним є вчинення в різний час кількох не пов’язаних між собою злочинів, тобто за умови, коли закон не надає кваліфікуючого значення такій повторності - повторність не виступає ознакою а ні основного, а ні кваліфікованого виду злочину. Це, наприклад, вчинення одного дня крадіжки, а іншого - хуліганства. Таку повторність інколи ще називають загальною повторністю, оскільки перший і наступний злочини можуть бути будь-якими. Таку повторність пропонується називати *повторенням злочинів.*

Повторність (повторення) - реальна сукупність злочинів - не становить труднощів у плані кваліфікації, оскільки при цьому кожен окремий злочин оцінюється окремо, без будь-якого зв’язку з іншим посяганням. Вона враховується при призначення покарання як обставина, що обтяжує його (п.1 ч.1 ст.67 КК);

3) повторність, яка виступає ознакою складу злочину. Саме така повторність (повторність у власному розмінні слова) виділяється як один із видів множинності злочинів. При наявності такої повторності виникає потреба кваліфікувати як перший злочин, так і наступний (наступні), причому з врахуванням того, що його вчинено повторно, дати оцінку цьому виду множинності злочинів в цілому.

Ознакою складу злочину повторність за чинним законодавством визнається тоді, коли вчинення наступного злочину якось пов’язано з попереднім, свідчить про певну лінію у поведінці суб’єкта. Про такий зв’язок можна говорити тоді, коли вчиняються злочини:

- тотожні, тобто ті, які співпадають за усіма обов’язковими ознаками складу (наприклад, перший раз вчинено крадіжку і другий злочин теж становить собою крадіжку). Як правило, це злочини, які передбачені однією і тією ж статтею Особливої частини КК;

- однорідні - які співпадають за більшістю ознак складу злочину (так, однорідними є такі злочини, як крадіжка та грабіж). Однорідні злочини звичайно передбачені статтями Особливої частини КК, які передбачені в одному її розділі.

В залежності від виду попереднього і наступного злочину виділяють *повторність тотожних злочинів* та *повторність однорідних злочинів*.

Надалі йтиме мова про визначення поняття саме цього виду повторності злочинів.

Ознаки повторності злочинів

Оскільки повторність злочинів - це вид їх множинності, то їй притаманні усі загальні ознаки множинності (зокрема, те, що кожне окреме посягання становить собою саме злочин, а не інше правопорушення, зберігаються юридичні наслідки раніше вчиненого злочину), а також додаткові риси, які характеризують саме цей вид множинності злочинів. Ці ознаки такі:

1) посягання вчиняється шляхом повторення, тобто неодноразового вчинення діянь, кожне з яких становить собою злочин;

2) за перший злочин особа не була засуджена, або ж була засуджена, однак, цій судимості закон не надає кваліфікуючого значення. Інакше кажучи, повторність включає в себе рецидив злочинів у тому випадку, якщо рецидив не виступає ознакою складу злочину;

3) у статті Особливої частини КК повторності надано значення ознаки складу злочину;

4) кожне з двох чи більше діянь становить собою окремий злочин (вони не є складовими одного і того ж посягання).

Кримінально-правове значення повторності злочинів

В кримінальному праві прийнято виділяти таке значення повторності злочинів:

1) *загальне* - повторність виступає як обставина, що обтяжує покарання (п.1 ч.1 ст.67 КК). Таке значення повторність має у випадках, коли вона не виступає як ознака складу злочину, тобто у випадках, які зараз не розглядаються;

2) *необхідне -* повторення діяння є обов’язковою ознакою простого (основного) складу злочину. При цьому перше діяння, тотожне з наступними, не визнається злочином. Необхідна повторність перетворює адміністративний, дисциплінарний або інший проступок у злочин.

Ряд тотожних проступків складають лише один злочин, тому при цьому відсутня множинність злочинів.

3) *кваліфікуюче,* коли повторності надане значення ознаки складу злочину, а її наявність впливає на кваліфікацію скоєного. Така повторність за чинним законодавством відіграє значення кваліфікуючої ознаки складу злочину. Її утворює вчинення двох чи більше тотожних (тобто, передбачених однією і тією ж статтею Особливої частини КК) злочинів, а у ряді випадків і однорідних злочинів. При цьому й перше діяння визнається злочином, при наявності ж повторності має місце множинність злочинів. Саме кваліфікуюче значення повторності злочинів й буде розглядатися далі.

Вказівка на повторність в Особливій частині КК

Вказівка на повторність в статтях Особливої частини КК позначається кількома термінами, які мають близький, але не тотожний зміст, відображають різні поняття.

Найбільш поширена вказівка на аналізований вид множинності за допомогою терміна *повторно,* яка має місце у майже у семи десятках статей Особливої частини КК 2001 р. Крім того відповідне поняття позначається словосполученням *особою, яка раніше вчинила.. -* далі ж вказуються статті про злочини, попереднє вчинення яких дає підставу визнавати наявність цього виду повторності(біля півтора десятка випадків). Такого роду вказівки на повторність чинний КК робить у різних формах:

**Таблиця: Вказівка на повторність у статтях Особливої частини КК**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття Особливої частини КК, її частина, пункт** | **Злочин, вчинення якого повторно враховується при кваліфікації** | **Вказівка на повторність** |
| п.13 ч.2 ст.115 | Умисне вбивство | Вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116-118 цього Кодексу |
| ч.2 ст.152 | Згвалтування | Зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153-155 цього Кодексу |
| ч.2 ст.153 | Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом | Те саме діяння, вчинене повторно... або особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 152 або 154 цього Кодексу |
| ч.2 ст.185  ч.2 ст.186  ч.2 ст.189  ч.2 ст.190  ч.2 ст.191  Примітка 1 до ст.185 | Крадіжка | Крадіжка [грабіж, вимагання...], вчинена повторно...  У статтях 185, 186 та 189-191 повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статтями або статтями 187, 262 цього Кодексу |
| ч.2 ст.187 | Розбій | Розбій..., вчинений особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм |
| ч.2 ст.224  Примітка 1. | Виготовлення, збут та використання підроблених недержавних цінних паперів | Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони вчинені повторно - Примітка 1. Повторним у статті 224 визнається злочин, передбачений цією статтею або статтею 199 цього Кодексу |
| ч.2 ст.289  Примітка 2. | Незаконне заволодіння транспортним засобом | Ті самі дії, вчинені... повторно  Відповідно до частини другої цієї статті під повторністю слід розуміти вчинення таких дій особою, яка раніше вчинила незаконне заволодіння транспортним засобом або злочин, передбачений статтями 185, 186, 187, 189-191, 262 цього Кодексу |
| ч.2 ст.307 | Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів | Ті самі дії, вчинені повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 308-310, 312, 314, 315, 317 цього Кодексу |
| ч.2 ст.308 | Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів... | Ті самі дії, вчинені повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306, 307, 310, 311, 312, 314, 317 цього Кодексу |
| ч.2 ст.309 | Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту | Ті самі дії, вчинені повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 цього Кодексу |
| ч.2 ст.310 | Посів або вирощування снотворного маку чи конопель | Незаконний посів або вирощування снотворного маку чи конопель особою, яка була засуджена за цією статтею чи яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 309, 311, 317 цього Кодексу |
| ч.2 ст.313 | Викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів... | Ті самі дії, вчинені повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306, 312, 314, 315, 317, 318 цього Кодексу |
| ч.2 ст.314 | Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів | Ті самі дії, вчинені повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306-312 та 314-318 цього Кодексу |
| ч.2 ст.315 | Схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів | Та сама дія, вчинена повторно ...а також особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 314, 317 цього Кодексу |
| ч.2 ст.316 | Незаконне публічне вживання наркотичних засобів | Ті самі дії, вчинені повторно або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 310, 314, 315, 317, 318 цього Кодексу |
| ч.2 ст.318 | Незаконне виготовлення, підроблення, використання підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів | Ті самі дії, вчинені повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306-317 цього Кодексу |
| ч.2 ст.323 | Спонукання неповнолітніх до вживання допінгу | Та сама дія, вчинена повторно або... особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 314, 315, 317, 324 цього Кодексу |
| ч.2 ст.368  ч.2 ст.369  Примітка 3 до ст.368 | Одержання хабара  Давання хабара | Одержання хабара ...повторно  Давання хабара, вчинене повторно  Повторним у статтях 368 і 369 цього кодексу визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статятми |

На перший погляд, коли в КК говориться про вчинення злочину *повторно* то мається на увазі повторність тотожних злочинів - попереднє вчинення діяння, передбаченого цією ж статтею Особливої частини КК. Однак, це не завжди так. Поняття повторності найбільш поширених злочинів - розкрадань чужого майна, наведене у примітці до ст.185 КК показує, що цим терміном позначена повторність однорідних злочинів. Термін же *особою, яка раніше вчинила...* (далі ж називаються злочини, попереднє вчинення яких утворює повторність чи вказуються відповідні статті КК)в усіх випадках вказує на наявність повторності однорідних злочинів. Причому, в кільком статтях Особливої частини КК (наприклад ч.2 ст.152 КК) він використаний поряд з вказівкою на вчинення діяння *повторно*. Тобто, законодавець поряд використовує поняття повторності тотожних і повторності однорідних злочинів, що навряд чи правильно. Адже поняття повторності однорідних злочинів ширше, воно охоплює і попереднє вчинення тотожних злочинів.

Використані в чинному КК терміни, які позначають *систематичність* (ст.116, ч.1 ст.120, ч.1 ст.303, ч.1 ст.390 КК) та *неодноразовість* (ст.434 КК) не характеризують повторність, як вид множинності злочинів. Вони (на відміну від аналогічних термінів в КК 1960 р.) вказують на наявність повторення діянь, як умови кримінальної відповідальності за простий вид злочину. Інакше кажучи, кожне окреме діяння, яке утворює систематичність чи неодноразовість не становить собою злочин, відповідна кількість таких діянь також не вказує на наявність множинності злочинів, оскільки злочин при цьому вчиняється лише один. Видається, що злочини, ознакою яких є систематичність чи неодноразовість вчинення відповідних діянь, становлять собою різновид так званих *продовжуваних злочинів*, питання кваліфікації яких будуть розглянуті далі.

Точне встановлення значення термінів, якими в статтях Особливої частини КК позначена повторність, має вирішальне значення для визначення змісту цього поняття щодо окремих випадків. Адже, повторність утворює вчинення не будь-яких злочинів (як це має місце при повторенні злочинів), а лише тих, які визначені законом - має бути встановлена відповідна комбінація першого і наступного (наступних) злочинів. Причому, має бути встановлене поєднання не лише ознак об’єктивної сторони - повторне вчинення дій або актів бездіяльності, а злочину в цілому. На це звернув увагу Верховний суд України в п.10 постанови №4 від 26 квітня 2002 р. “Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів” де вказано, що незаконне заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами та наступне їх зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту чи без такої мети, а також їх незаконний збут утворюють сукупність злочинів, передбачених ст.308 і 307 чи ст.309 КК, проте не утворюють ознаки повторності, передбаченої ч.2 ст.307 або ч.2 ст.309 КК.

Злочини, які утворюють повторність

Отже, повторність утворює вчинення двох чи більше злочинів, визначених в статті Особливої частини, причому вимагається, щоб за кожен із них особа підлягала кримінальній відповідальності (не було матеріально-правових і процесуальних перепон, про які говорилося вище в ході з’ясування поняття множинного злочинів):

1) *попереднього* - вчинення якого передує повторності;

2) *наступного* - який, власне, і є повторним.

Такі злочини виступають елементами повторності. Причому, кожен із них може бути як закінчений, так і перерваний на стадії готування, незакінченого або закінченого замаху; бути вчинений як “одноосібно”, так і в співучасті.

***Попередній злочин*** позначається в КК по-різному:

- шляхом вказівки на його назву. Так, в ч.2 ст.187 КК передбачено: “Розбій, вчинений ...особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм”;

- через перелік статей Особливої частини КК, які передбачають відповідний злочин. Зокрема, в ч.2 ст.307 КК вказано про “Ті ж дії, вчинені повторно або ...особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 308-310, 312, 314, 315, 317 цього Кодексу”;

- називається родове поняття певного злочину та визначаються обмеження - вчинення яких саме злочинів не повинно утворювати повторність. Наприклад, в п.13 ч.2 ст.115 КК встановлена відповідальність за умисне вбивство “вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство за винятком вбивства, передбаченого статтями 116-118 цього Кодексу”.

Злочин, який є ***повторним (наступний)***, також названий в диспозиції відповідної частини статті Особливої частини КК. Оскільки повторність становить собою кваліфікуючу ознаку, то вказівка на неї міститься в частині другій статті. При цьому законодавець використовує різні прийоми вказівки на такий злочин:

- прямо називає його. Звичайно це має місце тоді, коли простий вид злочину вчиняється однієї дією. Наприклад, в ч.2 ст.185 говориться: “Крадіжка, вчинена повторно...”;

- вказує на те, що повторність утворюють “ті ж дії”, “ті самі дії” - ті, які передбачені частиною першою статті. Такий прийом зустрічається тоді, коли простий вид злочину може бути виконаний багатьма альтернативними діяннями. Так, злочин, передбачений ст.199 КК, може бути вчинений шляхом виконання 7 дій, а в ч.2 цієї статті передбачена відповідальність за “Ті самі дії, вчиненні повторно”. Вчинення будь-якої із них дає підставу кваліфікувати злочин за ознакою повторності. Причому, повторність утворює вчинення злочинів такими діями в будь-яких комбінаціях - інакше кажучи, попередній і наступний (повторний) злочини можуть бути вчиненні не обов’язково однаковими діями, а будь-якими з тих, які вказані в диспозиції статті про простий вид відповідного злочину;

- встановлює відповідальність за повторність у випадку вчинення дій, передбачених певною частиною статті КК. Так, у ч.3 ст.109 КК вказано: “Дії, передбачені частиною другої цієї статті, вчинені... повторно”. В таких випадках, наступний злочин має полягати у діях, які тотожні до тих, що передбачені частиною статті, до якої відсилає норма про відповідний повторний злочин.

В зв’язку зі змінами в законодавстві нерідко **виникає питання, якою редакцією статті Особливої частини КК слід керуватися визначаючи наявність *попереднього* злочину.** Наприклад, особа вчинила бандитизм в період дії КК 1960 р., вже після набрання чинності КК 2001 р. вчинила розбій. Умови відповідальності за бандитизм за новим КК змінені, що обумовлено регламентацією відповідних питань в ч.4 ст.28 КК 2001 р. Не виключені ситуації, коли особа підлягала б кримінальній відповідальності за кримінальним законом, який діяв на момент вчинення діяння, однак відповідні дії не визнаються злочинними за новим законом (зокрема, у випадку з бандитизмом через те, що встановлена участь у банді лише двох учасників, не доведена мета безпосереднього вчинення кількох тяжких чи особливо тяжких злочинів).

Це питання може вирішуватися по різному:

Одна позиція полягає в тому, що слід керуватися редакцією статті, яка діяла на момент вчинення відповідного злочину. Тобто, якщо діяння становило собою попередній злочин названий в диспозиції статті про наступний (повторний) злочин, або було передбачене статтею, номер якої названо в статті про повторний злочин, то наступний злочин визнається повторним, незалежно від того, що згодом стаття викладена в новій редакції чи в силу інших причин змінені умови кримінальної відповідальності, посилена караність попереднього злочину. При цьому як елементом повторності слід визнавати і злочин, вчинений тоді, коли така повторність ще не була передбачена як кваліфікуюча ознака.

Другий підхід зводиться до того, що попередній злочин повинен бути вчинений вже після набрання чинності статтею про відповідальність за повторне посягання. Цей (попередній) злочин повинен бути передбачений статтею Особливої частини, яка діє в редакції, чинній на момент встановлення чи зміни умов відповідальності за повторний злочин.

Видається, що перевагу слід віддати другому з вказаних можливих рішень. Аргументами на його користь є:

1) діяння, які не є злочинним на час вчинення наступного діяння саме по собі, не може виступати і як елемент повторності. Адже повторність утворює вчинення двох чи більше злочинів. Вчинення лише одного діяння (наступного) не веде до виникнення повторності злочинів;

2) положення ч.2 ст.4 КК про те, що злочинність і караність діяння визначається законом, який діяв на час вчинення цього діяння щодо повторності злочинів означає, що такий закон повинен діяти на момент вчинення як попереднього, так і наступного злочинів;

3) визнання діяння, яке не становить собою злочин, елементом повторності суперечить положенням про зворотну дію закону про кримінальну відповідальність у часі (ст.5 КК);

4) поширений у КК вираз “дії, передбачені частиною першою цією статті”, який використовується для вказівки на аналізований вид множинності злочинів, означає, що дії мають бути передбачені саме *цією статтею*, а не такою, яка діяла в попередній редакції;

5) врахування злочину, передбаченого більш м’яким раніше чинним законом, елементом повторності щонайменше несправедливо. Адже, при цьому особі, не надано шансу зважити свою поведінку з врахування посилення відповідальності за попередній злочин. Цілком можливо, що знаючи про посилення відповідальності за повторність - усвідомлюючи про те, що попереднє діяння враховано як елемент повторності, особа відмовилася б від вчинення наступного посягання.

Тому, наприклад, розбій вчинений повторно, буде мати місце за умови що й за чинним КК відповідні діяння становлять собою злочини, передбачені ст.187 або 257 КК; легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, вчинене повторно, має місце за умови, що й перше посягання вчинено після набрання чинності Законом України від 16 січня 2003 р.; незаконне заволодіння транспортним засобом, вчинене повторно, передбачає, що особа раніше вчинила злочин, передбачений ст.289 КК 2001 р., а не угон транспортних засобів, який кваліфікувався за ст.2153 КК 1960 р.

Про кваліфікацію елементів повторності злочинів (повторність і сукупність)

Кваліфікація повторності злочинів передбачає кримінально-правову оцінку як попереднього, так і наступного злочинів. Чи не найскладнішим питанням, яке вирішується в ході кваліфікації повторності, є **питання про те, чи слід окремо оцінювати окремі злочини, які утворюють повторність.**

З цього приводу в теорії та на практиці існують різні позиції.

Перша полягає в тому, що кваліфікація злочину як повторного охоплює собою вчинення і попередніх злочинів, тому самостійно їх кваліфікувати немає потреби. Виходячи з такої точки зору, дії кишенькового злодія, який вкрав сто гаманців у різних потерпілих кваліфікуються лише за ч.2 ст.185 КК. Така кваліфікація, на думку її прихильників, охоплює і останню крадіжку, і всі раніше вчинені.

Друга точка зору протилежна - кожний злочин, який є елементом повторності, кваліфікується окремо, причому другий і всі решта - з врахуванням наявності повторності. В такому випадку констатується поєднання і повторності і сукупності злочинів. Наведений вище гіпотетичне посягання слід кваліфікувати так: ч.1 ст.185 КК; ч.2 ст.185 КК; ч.2 ст.185 КК... (всього вказівку на ч.2 ст.185 КК потрібно давати 99 разів).

Нарешті, ще один підхід в певній мірі компромісний. Він зводиться до того, що кваліфікація злочину як повторного охоплює собою і вчинення попередніх злочинів - окремо вони не кваліфікуються. Злочини, які становлять собою елементи повторності, підлягають окремій кваліфікації лише у таких випадках:

- вони неоднорідні (наприклад, першого разу вчинена крадіжка, а вдруге - шахрайство). Кожен із цих злочинів потрібно кваліфікувати окремо, причому наступний з врахуванням повторності - ч.1 ст.185, ч.2 ст.190 КК;

- мають місце різні стадії вчинення злочинів. Наприклад, один із них закінчений, а інший - перерваний на стадії замаху. Тоді скоєне кваліфікується, наприклад, так: ч.2 ст.15- ч.1 ст.185; ч.2 ст.185 КК;

- один (одні) із злочинів вчинено у співучасті, а інший (інші) - “одноосібно”. При цьому злочини, вчинені у співучасті, кваліфікуються з посиланнями на відповідні частини ст.27, 28 КК, інші ж злочини - лище за статтями Особливої частини КК.

Верховний суд України у своїх постановах та рішеннях з конкретних справ не займає якоїсь однієї позиції щодо кваліфікації повторності. Щодо посягань проти власності він рекомендує кваліфікувати скоєне лише за частиною статті, яка передбачає повторний злочин. І лише при наявності різнорідних посягань, різних стадій, та вчиненні окремих діянь у співучасті скоєне пропонується кваліфікувати окремо. Коли ж йдеться про злочини проти особи, то вищий судовий орган держави займає іншу позицію - виходить з необхідності кожне посягання кваліфікувати окремо. Так в п.23 постанови пленуму Верховного Суду України №12 від 25 грудня 1992 р. “Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності” говориться, що у випадку вчинення винною особою декількох злочинів, передбачених однією із вказаних статей [перелічені статті, які відповідають ст.ст.185, 186, 190, 189 КК 2001 р. - В.Н.] її дії, при відсутності інших кваліфікуючих ознак належить кваліфікувати за частиною другою тієї чи іншої статті. Додатково кваліфікувати перший злочин ще й за частиною першою даної статті не потрібно. У разі вчинення декількох посягань на приватну власність різними способами перший злочин (при відсутності інших кваліфікуючих ознак) належить кваліфікувати за частиною першою відповідної статті, а інші, як вчинені повторно, за частинами другими відповідних статей КК України. Аналогічні за змістом роз’яснення дані в п.24 названої постанови щодо кваліфікації повторного розбою.

А в п.12 постанови №4 від 27 березня 1992 р. “Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини” говориться, що при вчиненні двох чи більше зґвалтувань, відповідальність за які передбачена різними частинами ст.117 Кримінального кодексу [вказана стаття КК 1960 р., зараз це ст.152 КК 2001 р. - В.Н.], а також при вчиненні у одному випадку замаху на зґвалтування або співучасті в цьому злочинів, а в іншому - закінченого зґвалтування, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю вказаних злочинів. І далі в цьому ж пункті Верховний суд України вказує, що зґвалтування потерпілої без обтяжуючих ознак цього злочину, а потім повторне зґвалтування за наявності ознак ч.3 чи ч.4 ст.117 Кримінального кодексу повинні кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч.1 ст.117 Кримінального кодексу та відповідно ч.3 чи ч.4 цієї статті.

Такий же підхід закріплений і в постановах Пленуму Верховного Суду України, прийнятих на базі нового КК України. В в.15 постанови №5 від 26 квітня 2002 р. говориться, що цією ознакою [повторність щодо одержання хабара та давання хабара - В.Н.] охоплюється як перший, так і наступний злочини, тому кваліфікувати перший із них додатково ще й за ч.1 ст.368 чи 369 КК не потрібно. Це не стосується тих випадків, коли одні злочини були закінченими, а інші - ні, і випадків, коли особа одні злочини вчинила як виконавець, а інші, як організатор, підбурювач або посібник, оскільки незакінчені злочини і злочини, які особа вчинила не як виконавець, повинні одержувати окрему кваліфікацію з посиланням на відповідну частину ст.15 чи ст.27 КК.

У п.17 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 7 лютого 2003 р. “Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров’я особи” зазначено, що коли винний не був засуджений за раніше вчинене вбивство чи готування до нього або замах на нього, ці його дії підлягають самостійній кваліфікації, а повторно вчинене вбивство кваліфікується за п.13 ч.2 ст.115 КК. Окремо кваліфікуються діяння і у випадках, коли спочатку було вчинене закінчене умисне вбивство, а потім - готування до такого ж злочину чи замах на нього.

Видається, що **принципам кримінально-правової кваліфікації найбільше відповідає окрема (чи як ще кажуть - самостійна) кваліфікація кожного злочину, який є елементом повторності.** На підтвердження правильності саме такого підходу можна навести такі доводи:

1) така кваліфікація забезпечує її повноту, оскільки при цьому поза оцінкою не залишаться окремі епізоди (елементи повторності), кожний із яких становить самостійний злочин;

2) окрема кваліфікація кожного із елементів повторності дає можливість призначити справедливе покарання, оскільки воно призначатиметься з врахуванням правил, визначених в ст.70 КК (окремо за кожний із злочинів, остаточне покарання буде, як правило, більше, ніж за окремі злочини, які утворюють повторність);

3) захист прав потерпілого від злочину можна ефективно здійснити тільки за умови, що вчинене проти кожного із них посягання отримає окрему кримінально-правову оцінку, а не буде “заховане” за загальною вказівкою на повторність. Будь-який потерпілий вправі, принаймні, знати, як саме кваліфіковано злочин, вчинений проти нього і яке покарання призначене за заподіяну йому шкоду;

4) при такій кваліфікації можна забезпечити її індивідуальність. По-перше, різну правову оцінку отримують діяння осіб, які вчинили неоднакову кількість злочинів, які утворюють повторність - при кваліфікації лише за частиною статті, яка передбачає повторний злочин однакову оцінку отримають і посягання того, хто вчинив сто злочинів, і того, хто вчинив відповідний злочин лише вдруге. По-друге, можна буде диференціювати відповідальність співучасників злочинів, вчинених у співучасті, коли повторність наявна в посяганні лише деяких із них;

5) окрема кваліфікація кожного із злочинів, які утворюють повторність, тобто, визнання при цьому ще і сукупності, вимагається при кваліфікації з посиланнями на статті Загальної частини КК. Такі посилання можуть здійснюватися щодо конкретних злочинів, а не повторності в цілому.

Правила кваліфікації повторності злочинів

При кваліфікації повторності злочинів потрібно, як видається, керуватися такими правилами:

1) *визначити, має місце повторення діянь, спрямованих на вчинення одного злочину, чи вчинення двох або більше злочинів;*

2) *дати кримінально-правову оцінку кожному злочину окремо, визначити, чи зберігаються його правові наслідки (не сплила давність кримінальної відповідальності або судимість не погашена чи не знята, немає процесуальних перепон для притягнення до кримінальної відповідальності);*

3) *визначити вид повторності;*

4) *встановити, чи надає КК повторності кваліфікуючого значення;*

5) *остаточно кваліфікувати скоєне з врахуванням повторності другого злочину (наступних злочинів).*

Поняття продовжуваного злочину

Продовжуваний злочин - це різновид одиничного злочину. Він характеризується тим, що одне посягання виконується не в один прийом - *продовжується*, кілька відносно відокремлених діянь спрямовані на заподіяння єдиної шкоди і реалізацію єдиного умислу. Поняття продовжуваного злочину застосовується лише щодо умисних злочинів, найчастіше - розкрадання, хабарництва. Класичним прикладом продовжуваного злочину є крадіжка одного дня - правого черевика, другого - лівого, а третього - шнурівок до них.

Продовжуваний злочин становить собою поєднання:

- діянь, кожне з яких є злочином, тобто, за кожне з яких окремо особа підлягає кримінальній відповідальності. Наприклад, особа, поставила перед собою мету скласти з викрадених вузлів комп’ютер вартістю 5500 грн. і одного разу краде системний блок за 3000 грн., другого - монітор в 1000 грн., третього - периферійні пристрої вартістю 1500 грн.;

- адміністративних проступків чи інших правопорушень. Так, по частинах може бути здійснене викрадення велосипеда, причому щоразу крадуться деталі на суму, яка характерна для дрібного розкрадання державного або колективного майна;

- діянь, одні з яких є злочинами, а інші - незлочинними правопорушеннями.

Пленум Верховного суду України неодноразово в своїх постановах давав характеристику продовжуваних злочинів, вказував на їх відмінність від злочинів повторних.

**Таблиця: Вказівки Верховного Суду України щодо кваліфікації продовжуваних злочинів**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Категорія злочину** | **Постанова, в якій дано роз’яснення** | **Зміст роз’яснення** |
| Згвалтування | п.1 постанови №4 від 27 березня 1992 р. “Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини” | Якщо винний без значної перерви у часі, діючи з єдиним умислом, вчинив два або більше статеві акти з однією і тією ж потерпілою, то його дії не можуть розглядатися як зґвалтування, вчинене повторно |
| Розкрадання | п.23 постанови №12 від 25 грудня 1992 р. “Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності” | Неодноразове вилучення майна (чи заволодіння ним) у одного і того ж потерпілого, якщо воно складалося з ряду тотожних дій, охоплювалося з самого початку єдиним умислом на заволодіння конкретним майном і вчинене одним способом, належить розглядати як один продовжуваний злочин. |
| Одержання хабара | п.15 постанови №5 від 26 квітня 2002 р. “Про судову практику у справах про хабарництво” | Одержання службовою особою в декілька прийомів одного хабара за виконання чи невиконання дій, обумовлених із тим, хто його дає, потрібно розглядати як продовжуваний злочин. Кваліфікувати такі дії за ознакою повторності не можна |

Аналіз чинного законодавства, теоретичних положень, правозастосовної практики дозволяє виділити такі **ознаки продовжуваного злочину**:

1) *посягання спрямоване на один об’єкт*. Підтвердженням цього є вчинення діянь щодо одного і того ж потерпілого чи характер предмета злочину;

2) *вчиняється кілька дій*. Продовжуваний злочин вчиняється лише шляхом повторення актів активної поведінки, він неможливий через бездіяльність чи внаслідок поєднання дії та бездіяльності;

3) *дії тотожні*, причому вимагається не фактична, а юридична тотожність - вони передбачені однією і тією ж статтею чи частиною статті Особливої частини КК. Виходячи з цього продовжуваний злочин може, наприклад, вбачатися у випадку виготовлення певної кількості наркотичних засобів, їх наступного зберігання , а потім і перевезення (ч.1 ст.307 КК), чи вилучення із чужого володіння і звернення на свою користь бойових припасів внаслідок кількох дій, які полягають у їх крадіжці, вимаганні, заволодінні шляхом шахрайства (ч.1 ст.262 КК);

4) *умислом винного охоплюється заподіяння шкоди в певному розмірі* (завдати шкоду потерпілому, викрасти майно тієї чи іншої вартості), він бажає настання саме таких наслідків і свої дії спрямовує на їх досягнення. Тобто, умисел на вчинення злочину виникає не щоразу заново, а він,, як інколи пишуть в літературі, та як вказує у своїх постановах пленум Верховного Суду України - *єдиний.* Звідси також випливає, що продовжуваний злочин може бути вчинений лише з прямим умислом;

5) *між окремими епізодами,* які в сукупності утворюють продовжуваний злочин, *немає значного розриву у часі*. Наявність більш-менш великого проміжку між окремими епізодами як правило вказує на те, що умисел винного виникає заново, нові дії не становлять собою продовження попередніх. Принаймні, окремі епізоди, якщо вони становлять собою правопорушення того чи іншого виду, зберігають свої юридичні наслідки (не спливла давність притягнення до юридичної відповідальності).

Неодноразові та систематичні посягання як різновиди продовжуваного злочину

За загальним правилом кількість діянь, якими можуть бути виконані продовжувані злочини, в законі не визначається. Точніше, таких діянь має бути щонайменше два. Однак, в деяких статтях Особливої частини КК законодавець дає вказівку на мінімальну кількість діянь, повторення яких утворює злочин.

**Таблиця: Неодноразовість та систематичність як ознаки складів злочинів**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття Особливої частини КК, її частина, пункт** | **Злочин, відповідальність за який настає при наявності неодноразовості або систематичності** | **Вказівка на повторення діяння в диспозиції статті** |
| Ст.434 | Погане поводження з військовополоненими | Погане поводження з військовополоненими, яке мало місце *неодноразово...* |
| Ст.116 | Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання | Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок ...*систематичного* знущання. |
| Частина 1 ст.303 | Проституція або примушування чи втягнення до заняття проституцією | *Систематичне* заняття проституцією... |
| Частина 1 ст.390 | Ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі | ...*Систематичне* порушення громадського порядку |

В певних випадках прямої вказівки в КК на необхідність неодноразовості чи систематичності як ознаки складу злочину немає, однак це випливає зі змісту інших використовуваних в диспозиції статті ознак. Наприклад, щодо втягнення неповнолітніх у пияцтво (ст.304 КК) то спочатку вищі судові інстанції орієнтували суди на те, що це передбачає вчинення відповідних дій систематично, а після 1985 р. (відомої кампанії по боротьбі з пияцтвом) - неодноразово.

В кримінальному праві під ***неодноразовістю*** традиційно розуміють вчинення тотожного діяння два або більше рази. Тобто, погане поводження з військовополоненими повинно відбутися, принаймні, двічі.

***Систематичність*** же зараз переважна більшість вчених і практиків вважають наявною за умови вчинення діянь три або більше разів. Раніше в літературі зустрічалися думки, що систематичність може полягати і у вчиненні певного діяння два і більше разів. Зараз же вони в літературі не висловлюються, на практиці ж також немає випадків засудження за систематичні діяння, якщо вони були виконані менше трьох разів.

Кваліфікація продовжуваного злочину

Сутність продовжуваного злочину полягає у визнанні юридичного значення за злочином в цілому, а не його окремими епізодами. Звідси випливають правила кваліфікації продовжуваних злочинів:

1) *кожний окремий епізод, з яких складається продовжуваний злочин, не підлягає самостійній кваліфікації - оцінюється весь такий злочин в цілому*

2) *наявність продовжуваного злочину виключає кваліфікацію скоєного як повторності, навіть за умови, що окремі епізоди становлять собою злочини (при відсутності продовжуваного злочину підлягали б окремій кваліфікації);*

3) *якщо відповідальність диференційована з врахуванням заподіяних наслідків (сума викраденого, розмір хабара, кількість наркотичних засобів тощо), то скоєне кваліфікується за статтею (частиною статті) Особливої частини КК яка передбачає заподіяння відповідної шкоди продовжуваним злочином;*

4) *якщо продовжуваний злочин не доведений до кінця з причин, які не залежали від волі винного, то скоєне кваліфікується як замах на злочин, ознакою якого є наслідки (шкода, розміри), що її намагався досягнути винний в результаті вчинення усіх запланованих ним дій;*

5) *дії співучасників, умислом яких охоплювалося, що вони приймають участь у продовжуваному злочині (спрямованому на заподіяння певних наслідків), кваліфікуються за статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає відповідний злочин. Дії співучасників, умислом яких охоплювалася їх участь лише в окремих епізодах продовжуваного злочину, кваліфікуються за статтями (частинами статті) Особливої частини КК, які передбачають злочини, які утворюють відповідний продовжуваний злочин.*

Преюдиція в КК 2001 р.

Під злочинами з *преюдицією* звичайно розуміють такі посягання, кримінальна відповідальність за які настає за умови попереднього притягнення цієї ж особи до юридичної відповідальності іншого виду. Таким чином, злочин має місце тоді, коли він утворений повторенням кількох адміністративних чи інших проступків.

При створенні КК 2001 р. його розробниками була задекларована відмова від конструювання злочинів з адміністративною преюдицією[[147]](#footnote-147). Однак, фактично, в цьому КК преюдиція була збережена, кримінальна відповідальність принаймні за трьома статтями Особливої частини (ч.1 ст.337, ст.391, ч.1 ст.407 КК) настає за умови, що особа попередньо вчинила діяння, які становлять собою дисциплінарний або адміністративний проступок. Подальші зміни до КК призвели до появи ще однієї норми такого роду, передбаченої в ст.2091 КК. Тобто, злочин становлять собою повторення діянь, за перше із яких особа підлягає адміністративній або дисциплінарній відповідальності:

**Таблиця: Статті КК, які передбачають кримінальну відповідальність при адміністративній або дисциплінарній преюдиції**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття Особливої частини КК, її частина, пункт** | **Вказівка на преюдиційне правопорушення в КК** | **Нормативно-правовий акт, який передбачає відповідальність за преюдиційне правопорушення** |
| Частина 1 ст.209 | *Повторне* умисне неподання інформації про фінансові операції або повторне умисне подання за відомо недостовірної інформації... | ч.1 ст.1669 Кодексу України про адміністративні правопорушення |
| Частина 1 ст.337 | Ухилення військовозобов’язаного від військового обліку, *після попередження*, зробленого відповідним військовим комісаром | Ст.210 Кодексу України про адміністративні правопорушення. |
| Ст.391 | Злісна непокора... якщо ця особа за порушення вимог режиму відбування покарання *була піддана протягом року стягненню* у виді переведення до приміщення камерного типу (одиночної камери) або переводилася на більш суворий режим відбування покарання | Частина 3 ст.101 Кримінально-виконавчого кодексу України |
| Частина 2 ст.407 | Самовільне залишення військової частини або місця служби... вчинені *повторно* протягом року | Дисциплінарний статут Збройних Сил України від 24 березня 1999 р. |

Слід визнати, що диспозиції вказаних статей Особливої частини КК сформульовані так, що кримінальна відповідальність формально може настати і тоді, коли особа не притягалася за перше правопорушення до адміністративної або дисциплінарної відповідальності. Однак, в зв’язку з цим виникає проблема скоріше не матеріально-правового, а процесуального характеру - доказування того, що відповідне діяння було вчинене двічі. Очевидно, що найпростіше це можна здійснити за умови, що перше діяння отримало належну правову оцінку, факт правопорушення зафіксований при притягненні порушника до юридичної відповідальності відповідного виду. Крім того, факт непритягнення особи до юридичної відповідальності за попереднє правопорушення, не міняє суті складу злочину, який утворений із кількох порушень, кожне з яких становить собою адміністративний чи дисциплінарний проступок. Тому, видається, є достатні підстави вказані злочини відносити до злочинів з преюдицією.

Правила кваліфікація злочинів з преюдицією

При кваліфікації злочинів з преюдицією слід враховувати особливості, які випливають з характеру правопорушень, сукупність яких становить собою відповідний злочин. Правила кваліфікації вказаних злочинів такі:

1) *правопорушення, яке вчинене вперше, враховується при кваліфікації в межах строків, коли особа може бути притягнута за нього до юридичної відповідальності, або коли зберігає юридичну силу раніше накладене стягнення.* Відповідно до ст.ст.38, 39 Кодексу України про адміністративні правопорушення це може бути здійснено в такі строки:

- 2 місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні - два місяці з дня його виявлення;

- 1 місяць з дня прийняття рішення про відмову в порушенні кримінальної справи або при її закриття (при наявності в діях порушника адміністративного правопорушення);

- 1 рік з дня закінчення виконання стягнення, якщо особа була піддана адміністративному стягненню;

2) *якщо на особу було накладене адміністративне або дисциплінарне стягнення за перше правопорушення, то при кваліфікації належить перевірити законність раніше прийнятого рішення (крім випадків накладення стягнення в судовому порядку).* Якщо буде встановлено, що особа була притягнута до відповідальності без належних підстав чи з порушенням встановленого порядку, то преюдиційний акт не повинен враховуватися при кримінально-правовій кваліфікації, особа вважається такою, що не притягалася до відповідальності. Це має вирішальне значення для визначення строків (2 місяці чи 1 рік) протягом якого має бути вчинене попереднє і наступне діяння;

3) *момент закінчення злочину, наявність співучасті та її форма і вид співучасника визначаються лише щодо другого із вчинених діянь* (оскільки перше діяння не становить собою злочину).

## 6.4. Кваліфікація рецидиву злочинів

Поняття і види рецидиву злочинів

Рецидив, як вже відзначалося, становить собою повторність, пов’язану із засудженням за попередній злочин. Поняття рецидиву, яке міститься в ст.34 КК, обмежує його лише випадками вчинення нового умисного злочину особою, засудженою за умисний злочин. Тобто, необережні злочини не можуть утворювати рецидив.

Оскільки рецидив - це вид повторності, то наявність рецидиву означає і наявність цього виду множинності злочинів. Якщо закон не виділяє рецидив як ознаку складу злочину, але передбачає посилення відповідальності при наявності повторності, то повторне вчинення злочину особою, яка була засуджена за відповідний злочин, враховується як наявність повторності.

В чинному законодавстві види рецидиву не виділяються. Відповідну класифікацію проводять в теорії кримінального права.

Рецидив класифікують за різноманітними підставами, зокрема, за кількістю засуджень, була особа вперше засуджена у повнолітньому чи неповнолітньому віці, який проміжок часу пройшов після попереднього засудження однорідні чи різнорідні злочини, які утворюють рецидив тощо, . Для кримінально-правової кваліфікації значення має:

1) наявність чи відсутність зв’язку між злочином, за який особа була засуджена раніше та новим - рецидивним - посяганням.

2) вчинений новий злочин після відбування покарання чи в ході його відбування.

Кваліфікуюче значення має рецидив:

- **спеціальний** - для нього характерно, що особа була засуджена за певний злочин і знову вчинила злочин, ознакою складу якого є вчинення його особою, раніше судимою за такий злочин;

- **пенітенціарний** - має місце за умови, що новий злочин вчинений в ході (під час) відбування покарання за раніше вчинений злочин, причому це передбачене законом як ознака складу злочину.

По суті, пенітенціарний рецидив є різновидом спеціального рецидиву. Але якщо в тому рецидиві, який прийнято іменувати *спеціальним* на перший план виходить судимість не за будь-який раніше вчинений злочин, а за злочин певного виду, то для *пенітенціарного* - факт вчинення злочину в ході відбування покарання.

Так званий *загальний рецидив* - вчинення нового злочину особою, яка має непогашену або не зняту судимість, якщо КК не передбачає цього як ознаку простого або кваліфікованого (особливо кваліфікованого) складу злочину, при кваліфікації, за єдиним винятком, не враховується. Він має таке ж значення, як і загальна повторність. Кваліфікуюче ж значення загальний рецидив має лише в складі злочину, передбаченого ст.395 КК “Порушення правил адміністративного нагляду”, оскільки такий нагляд встановлюється тільки щодо осіб, які мають судимість.

Вказівка на спеціальний рецидив у КК

Для кваліфікації спеціального рецидиву найбільш важливим є встановлення того, за який саме злочин була засуджена особа раніше. Вказівка на це в КК здійснюється по різному - в деяких випадках наведена назва злочину, в інших - позначені номери статей Особливої частини КК, ще використовується такий прийом, як посилання на “злочин, передбачений цією статтею”.

**Таблиця: Вказівка на спеціальний рецидив у статтях Особливої частини КК**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття Особливої частини КК, її частина, пункт** | **Злочин, вчинення якого особою, раніше судимою враховується при кваліфікації** | **Вказівка на спеціальний рецидив** |
| ч.2 ст.133 | Зараження венеричною хворобою | Особою, раніше судимою за зараження іншої особи венеричною хворобою |
| ч.2 ст.203 | Зайняття забороненими видами господарської діяльності | Особою, раніше судимою за зайняття забороненими видами господарської діяльності |
| ч.3 ст.212 | Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів | Особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів |
| ч.2 ст.225 | Обман покупців та замовників | Особою, раніше судимою за обман покупців та замовників |
| ч.3 ст.296 | Хуліганство | Особою, раніше судимою за хуліганство |
| ч.2 ст.302 | Створення та утримання місць розпусти і звідництво | Особою, раніше судимою за цей злочин |
| ч.2 ст.164  ч.2 ст.165  ч.2 ст.188  ч.2 ст.201  ч.2 ст.213  ч.2 ст.228  ч.2 ст.248  ч.2 ст.249  ч.2 ст.382 | Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей  Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків  Викрадення шляхом демонтажу та іншим засобом електричних мереж...  Контрабанда  Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом  Примушування до анти конкурентних узгоджених дій  Незаконне полювання  Незаконне зайняття ...водним добувним промислом  Невиконання судового рішення | Особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею |
| ч.2 ст.234 | Незаконні дії щодо приватизаційних паперів | Особою, раніше судимою за один із злочинів, передбачених статтями 233, 235 [цього Кодексу? - В.Н.] |

В зв’язку з такою різноманітністю вказівок на злочин, судимість за який утворює спеціальний рецидив, виникає ряд запитань:

1) чи має місце рецидив, якщо особа була засуджена за аналогічний злочин, передбачений відповідною статтею КК 1960 р.?

2) що позначається терміном “злочин, передбачений цією статтею” - чи охоплюється відповідним поняттям злочин, передбачений цією ж статтею, але яка діяла в попередній редакції?

3) чи має місце рецидив за умови, що діяння, за яке особа була засуджена, на момент вчинення нового злочину, не тягне кримінальну відповідальність, причому це обумовлене не змінами в статті КК, а змінами в інших нормативно-правових актах, до яких слід звертатися в ході застосування кримінально-правових норм?

4) при визначенні рецидиву повинні враховуватися лише судимості, що виникають відповідно до вироків судів України, чи й засудження в інших державах?

Очевидно, що при відповіді на ці запитання слід виходити з положень про дію закону про кримінальну відповідальність у часі та в просторі, які регламентовані в Загальній частині КК.

За загальним правилом, *попередня судимість повинна враховуватися при встановленні рецидиву, якщо на момент вчинення другого (рецидивного) злочину діяння, за які особа була засуджена залишаються злочинними*. Це випливає з положень про наступність кримінального законодавства. Проведення кодифікації, зміни в редакції статей КК не погашають правові наслідки раніше вчиненого злочину, не означає того, що вирішення питань кримінальної відповідальності розпочинається “з чистого листка”. Зміни в законі про кримінальну відповідальність не пов’язані з характеристикою особи винного, в тому числі рецидивіста. Відповідна норма прямо передбачена ст.17 Прикінцевих та перехідних положень до КК 2001 р., де вказано, що вчинення особою злочину до набрання чинності цим Кодексом, а також наявність у такої особи не погашеної і не знятої у встановленому законом порядку судимості враховується при кваліфікації вчиненого нею нового злочину. Тим більш повинна враховуватися судимість за злочин, передбачений статтею Особливої частини цього самого КК, яка діяла в попередній редакції.

Тому, якщо аналізований вид множинного злочинів пов’язується із вчиненням певного, названого в статті Особливої частини КК злочину, або злочину передбаченого “цією статтею” то *рецидив наявний і тоді, коли злочин, за який особа була засуджена, був передбачений статтею раніше чинного акта чи статтею, яка діяла в попередній редакції*. В цих випадках має місце поширювальне тлумачення статті КК - під “цією статтею” пропонується розуміти:

- власне статтю, що передбачає рецидивний злочин;

- статтю, яка буквально не є “цією статтею”, а статтею іншого закону чи статтею, яка діяла в іншій редакції.

Враховуючи недоцільність існування в КК положень, які вимагають поширювального тлумачення, бажано було б в майбутньому відмовитися від формулювання “особою, судимою за злочин, передбачений цієї статтею”.

В тих же випадках, коли діяння, за яке особа була засуджена, декриміналізоване, то судимість за нього втрачає своє юридичне значення. Фактично вона *скасовується*. Це випливає з того, що судимість є похідним наслідком вчинення злочину і засудження за нього. З відпадінням причини виникнення судимості відпадає і наслідок - сама судимість. В КК це прямо не регламентовано (КК не знає поняття “скасування судимості внаслідок декриміналізації діяння”), однак випливає з ч.1 ст.5 КК, яка передбачає, що зворотна сила кримінального закону поширюється і на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. Тому *рецидив відсутній, якщо особа мала судимість за діяння, які декриміналізовані в зв’язку зі змінами в кримінальному законі*.

В зв’язку з цим виникає ще одне питання - пов’язана декриміналізація і скасування судимості лише з формальними змінами в законі про кримінальну відповідальність - КК, чи відповідні правові наслідки можуть бути обумовлені і змінами в нормативно-правових актах інших галузей права. Відомо, що у випадках застосування статей Особливої частини з бланкетними диспозиціями та в зв’язку з субсидіарним застосуванням правових норм нерідко обсяг криміналізації змінюється і без змін в КК (це, наприклад, зміни в переліку заборонених видів господарської діяльності, виключення певних видів товарів з числа підакцизних, віднесення певних речовин до наркотичних засобів). Важливі положення, які слід приймати до уваги при вирішенні цього питання, містяться в рішенні Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 р. “Про зворотну дію кримінального закону у часі” (справа №1-3/2000). Конституційний Суд зайняв позицію, згідно якої зміни в положеннях інших нормативно-правових актів не означають зміни в кримінальному законі і, відповідно, зворотна дія кримінального закону не настає. Тому й судимість не припиняється у випадках, якщо в силу змін у нормативно-правових актах інших галузей права особа за такі самі діяння зараз не підлягає кримінальній відповідальності і не може бути засуджена. Виходячи з викладеного *при встановленні наявності рецидиву враховується судимість і за діяння, які на момент вчинення нового (рецидивного злочину) не є злочинними в зв’язку зі змінами в нормативно-правових актах інших галузей права*.

Що ж до останнього з поставлених питань, то при його вирішенні слід виходити з того, що рецидив утворює лише злочин, за який особа засуджена судом України та новий злочин, за який ця ж особа підлягає кримінальній відповідальності за КК України. Національний суверенітет передбачає врахування правових наслідків засудження національним же судом. Такий підхід виражений в законі України від 3 березня 1998 р. “Про ратифікацію Протоколу до Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р.”. Цим Законом відповідний протокол нашою державою ратифікований із застереженнями, одне з яких полягає в тому, що Україна не бере на себе зобов’язання визнавати та враховувати вироки, винесені судами Договірних Сторін при вирішенні питання про визнання особи особливо небезпечним рецидивістом, про встановлення факту вчинення злочину повторно. Хоча в цьому акті прямо не передбачена відмова від врахування вироків судів іноземних держав при визнанні наявності рецидиву злочині (судимості, яка виникає на підставі вироків таких судів), це випливає зі змісту вказаного закону.

Тому можна зробити висновок, що *рецидив утворює лише вчинення нового умисного злочину, особою, яка має судимість на підставі вироку суду України.*

Правила кваліфікації спеціального рецидиву

Кваліфікація рецидиву, в тому числі і спеціального, куди простіша, ніж інших видів множинності. Адже при цьому слід дати кримінально-правову оцінку лише другому (рецидивному) злочину. Перший же злочин, за який особа була засуджена, вже отримав свою оцінку у вироці суду. На відміну від вище розглянутих випадків, коли в ході кримінально-правової кваліфікації потрібно перевіряти законність та обґрунтованість рішень правозастосовних органів, якими особа притягалася до адміністративної чи інших видів юридичної відповідальності, вирок суду не піддається сумніву, оцінці, перевірці.

Спеціальний рецидив за чинним КК в усіх випадках виступає кваліфікуючою чи особливо кваліфікуючою ознакою. Тому кваліфікація злочину, ознакою складу якого є спеціальний рецидив, включає в себе встановлення ознак складу відповідного простого складу злочину.

Виходячи з викладеного, в ході кваліфікації рецидиву злочинів потрібно:

1) *встановити, що особа вчинила новий злочин у період після вступу в силу вироку за раніше вчинений злочин і до погашення або зняття судимості за нього*;

2) *кваліфікувати новий (рецидивний) злочин - встановити наявність ознак складу простого злочину, врахувати положення КК про стадії вчинення злочину, форму співучасті та вид співучасника*;

3) *визначити, що раніше вчинений злочин, за який особа була засуджена, є таким, на який вказує диспозиція статті про рецидивний злочин*;

4) *остаточно кваліфікувати скоєне з врахуванням наявності спеціального рецидиву*.

Пенітенціарний рецидив у КК

Пенітенціарний рецидив за чинним КК виступає ознакою основного (простого) складу злочину. Про те, що відповідальність за відповідний злочин настає при наявності такого рецидиву, можна зробити висновок з диспозиції статті Особливої частини КК - вона повинна містити вказівку, що злочин вчиняється в ході відбування строкового покарання, до якого раніше було засуджено особу. Як правило, це вказівка на суб’єкта злочину, яким виступає особа в період відбування покарання.

**Таблиця: Вказівка на пенітенціарний рецидив у статтях Особливої частини КК**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття Особливої частини КК, її частина, пункт** | **Злочин, ознакою складу якого є пенітенціарний рецидив** | **Вказівка на пенітенціарний рецидив** |
| Ст.390 | Ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі | Особою, засудженою до обмеження волі (ч.1)  Особи, засудженої до обмеження волі, якій було дозволено короткочасний виїзд (ч.2)  Особи, засудженої до позбавлення волі, якій було дозволено короткочасний виїзд |
| Ст.391 | Злісна непокора вимогам адміністрації виправної установи | Особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі або у виді позбавлення волі... |
| Ст. 392 | Дії, що дезорганізують роботу виправних установ | Особами, які відбувають покарання у виді позбавлення волі чи у виді обмеження волі |
| Ст.393 | Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти | Особою, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі або арешту... |
| Ст. 394 | Втеча із спеціалізованого лікувального закладу |  |

Звертає на себе увагу, що для встановлення пенітенціарного рецидиву за що (за який саме злочин) засуджена особа, значення не має, в КК вказується (і то не в усіх випадках) хіба що вид покарання, в ході відбування якого вчинено рецидивний злочин.

Деякі з видів злочинів - пенітенціарного рецидиву - можуть бути вчинені лише в місцях відбування покарання (виправних установах).

Правила кваліфікації пенітенціарного рецидиву

Кваліфікація пенітенціарного рецидиву в цілому здійснюється так же, як і загального. Насамперед, вона включає в себе визначення статусу суб’єкта злочину як особи, яка відбуває покарання.

Важливо мати на увазі, що кримінальна відповідальність за злочин, який становить собою пенітенціарний рецидив, може наставати лише тоді, коли особа перебуває у місцях відбування покарання на законних підставах. На це звернув увагу Пленум Верховного Суду України в п.15 постанови №2 від 26 березня 1993 р. “Про судову практику в справах про злочини, пов’язані з порушенням режиму відбування покарання в місцях позбавлення волі”. Разом із тим, якщо особа, яка, наприклад, незаконно позбавлена волі, здійснює втечу з застосуванням насильства над вартою, то її дія кваліфікуються за відповідними статтями про злочини проти особи.

Загалом же кваліфікація пенітенціарного рецидиву включає в себе:

1) *встановлення того, що злочин вчинений особою в період відбування покарання за раніше вчинений злочин*;

2) *підтвердження законності призначення особі покарання, в період відбування якого вона вчинила новий злочин;*

3) *кваліфікація нового (рецидивного) злочину - встановлення наявності ознак складу простого злочину, кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак, врахування положень КК про стадії вчинення злочину, форму співучасті та вид співучасника*.

# 7. Подолання конкуренції і колізіїї правових норм в ході кримінально-правової кваліфікації

В попередніх розділах цієї роботи розглядалися питання кваліфікації у випадках, коли у вчиненні одного злочину приймає участь кілька осіб - тобто, коли злочин вчинено у співучасті, та коли одна особа вчиняє кілька злочинів і має місце множинність злочинів. В правозастосуванні зустрічаються й інші ситуації, коли вчинене діяння: :

1) передбачене одночасно двома чи більше статтями Особливої частини кримінального закону;

2) по різному регламентується статтями Загальної і Особливої частини кримінального закону;

3) охоплюється статтею кримінального закону і нормативно-правового акта іншої галузі законодавства.

Такі випадки прийнято називати конкуренцією та колізією правових норм. Наприклад, вбивство державного діяча у зв’язку з його державною діяльністю підпадає під ознаки, які закріплені не лише в ст.112 КК “Посягання на життя державного діяча”, але і в п.8 ч.2 ст.115 КК “Умисне вбивство” (а саме, особи у зв’язку з виконанням цією особою службового обов’язку), а якщо цей державний діяч є Головою чи суддею Верховного Суду України або вищих спеціалізованих судів України або Генеральним прокурором України - то й в ст. 379 чи ст.348 КК. Нерідко, вчинення одного злочину виступає як спосіб вчинення іншого злочину. Зокрема, вчинення розбою поєднано з заподіянням тілесних ушкоджень, хуліганство звичайно полягає у посяганнях проти особи або знищенні чи пошкодження майна тощо. А це знову ж таки означає, що діяння одночасно підпадає під ознаки кількох кримінально-правових норм.

Коло випадків, коли посягання передбачене одночасно кількома правовими нормами, доволі широке. Причому, в КК 2001 р. їх кількість, порівняно з раніше діючим кримінальним законодавством, збільшилася. Це пояснюється не лише загальним зростанням обсягу Особливої частини КК, більшою диференціацією її норм, а й тим, що недавно завершена кодифікація проводилася без належного врахування співвідношення статей Особливої частини КК між собої, їх узгодження з положеннями Загальної частини цього ж КК та з нормативно-правовими актами інших галузей законодавства. Видається, завдання максимально скоротити кількість випадків невиправданої множинності норм, які відносяться до того чи іншого випадку просто не ставилося при розробці і прийнятті КК.

Таким чином, особа, яка застосовує кримінально-правові норми, доволі часто зустрічається з необхідністю визначити, якій з кількох норм, що “підходять” до даного випадку, слід віддати перевагу, в яких випадках достатньо інкримінувати порушення однієї норми, а коли потрібно оцінювати скоєне як злочин, передбачений двома чи більше статтями Особливої частини КК. Вирішення цих питань пов’язане з певними труднощами, які обумовлені тим, що:

- хоча відповідні правила в своїй основі вироблені ще давньоримськими юристами, вони досі не отримали законодавчої регламентації - в КК немає правил, які б визначали порядок правозастосування при конкуренції норм, колізійні правила окреслені вкрай схематично;

- систематизовані роз’яснення пленуму Верховного Суду з цих питань поки що відсутні. Існуючі ж стосуються часткових випадків, інколи вони суперечать загальновизнаним і апробованим протягом сторіч положенням (наприклад, про те, що скоєне не може кваліфікуватися одночасно за спеціальною і загальною нормами);

- теоретична розробка питань кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм поки що знаходиться на початковій стадії. Досить сказати, що з цієї проблематики в Україні захищена лише одна кандидатська дисертація[[148]](#footnote-148). Вкрай малочисельні монографічні дослідження проблеми[[149]](#footnote-149), одиничними є публікації в періодичних виданнях. Внаслідок цього багато питань кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм взагалі не досліджено, або ж вирішуються суперечливо. Практика не отримала від науки чітко сформульованих і однозначних рекомендацій щодо вирішення питань кримінально-правової кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм.Що ж стосується питань колізії норм, то вони висвітлені у літературі ще менше.

Як чи не неминучий наслідок вказаних труднощів кваліфікація при конкуренції та у випадку колізії норм часто пов’язана з труднощами та викликає слідчі і судові помилки. Вони полягають у тому, що застосовується не та стаття Особливої частини, яку належить інкримінувати, безпідставно здійснюється кваліфікація за кількома статтями чи, навпаки, скоєне не отримує повної оцінки. З викладеного випливає, що вирішення питань кваліфікації при конкуренції і колізії правових норм пов’язане з застосуванням принципів кримінально-правової кваліфікації, зокрема, її точності, недопустимості подвійного інкримінування, повноти кваліфікації.

Відзначені обставини і викликають необхідність окремо зупинитися на питаннях кваліфікації у випадках конкуренції та колізії правових норм.

## 7. 1. Поняття конкуренції та колізії правових норм та їх види

Походження терміну “конкуренція ”

Розпочати розгляд видається доцільним з походження та семантичного значення цього термінологічного звороту.

Слово “конкуренція” походить від лат. *concuere,* яке, означає бігти разом (наввипередки); стикатися, змагатися, зіштовхуватися.

Сучасні словники українській мови слово “конкуренція” визначають як: 1) боротьбу між товаровиробниками за вигідні умови виробництва та збуту товарів; 2) суперництво між окремими особами, заінтересованими в досягненні певної мети кожен для себе[[150]](#footnote-150).

Таким чином, врахування походження та семантичного значення слова “конкуренція” дає пістави вважати, що ним позначається суперництво, боротьба за досягнення кращих наслідків, змагання, змагальність, боротьба, суперництво.

Об’єкт конкуренції в кримінальному праві

Визначити об’єкт конкуренції означає встановити що ж конкурує, між чим чи ким (якими суб’єктами, явищами, процесами) вона виникає. З’ясування питання про об’єкт конкуренції є передумовою розв’язання інших проблем, зокрема про її види та про правила вирішення.

В кримінально-правовій літературі це питання спеціально не висвітлювалося. Її аналіз показує, що вчені, які аналізують конкуренцію в праві, це поняття використовують здебільшого для характеристики тих випадків, коли діяння передбачене (охоплюється) одночасно двома чи більше правовими нормами і при цьому виникає потреба визначити, яка ж саме з них підлягає застосуванню[[151]](#footnote-151). Таким чином, об’єктом конкуренції звичайно визнаються кримінально-правові норми.

Уважний погляд на цю проблему показує, що кримінально-правові норми навряд чи правильно визнавати об’єктом конкуренції. Адже кожна правова норма (як юридичний феномен що виражає суть правила поведінки) індивідуальна, відрізняється від інших однією чи кількома ознаками. Тому діяння не може охоплюватися одночасно кількома нормами. Таке “охоплення” - результат недостатньо вдалого викладення норм в законі, використання в ньому термінів, які різні за об’ємом, допускають неоднозначне тлумачення, внаслідок чого виникає ілюзія тотожності кількох норм чи того, що діяння охоплюється одночасно двома чи більше нормами. Насправді ж кожне діяння може підпадати під ознаки лише однієї норми.

Саме це положення і лежить в основі вирішення питань конкуренції, коли в ході тлумачення з’ясовується, яка ж саме норма підлягає застосуванню. Якби норми конкурували між собою (виступали об’єктом конкуренції), то кожна із них як рівнозначна і рівноцінна претендувала б на застосування і не існує якихось підстав, щоб надати перевагу одній із них.

Також неприйнятним видається визнання об’єктом конкуренції складів злочинів. Склад злочину - це астрактна модель посягання, ознаки якої закріплені в кримінальному законі. Склад кожного злочину також індивідуальний, відрізняється від інших складів принаймні однією ознакою. Тому склади злочинів не можуть конкурувати, вони підлягають лише розмежуванню між собою.

Не виступають об’єктом конкуренції окремі діяння, які підлягають кримінально-правовій кваліфікації. Кожне таке діяння індивідуально визначене, характеризується своїм місцем, часом, обстановкою вчинення, іншими специфічними ознаками. Кожне з них має бути кваліфіковане самостійно і окремо від інших діянь. Щодо таких діянь виникає потреба встановити, становить воно самостійний злочин (чи інше діяння, передбачене кримінальним законом), чи становить собою елемент іншого посягання. Питання конкуренції при цьому не вирішуються.

Виходячи з викладеного, **об’єктом конкуренції пропонується визнавати статті кримінального закону (їх частини, пункти).** Саме щодо них виникає проблема вибору - визначення того, яку із них застосувати до конкретного діяння. Саме окремі статті закону одночасно “претендують” на застосування до конкретних випадків.

До того ж, кримінально-правова норма - це правило, яке викладене одночасно в статтях як Загальної, так і Особливої частини кримінального законодавства, ознаки складу злочину закріплені в обох частинах КК. При цьому положення Загальної частини поширюються на всі (за деякими виключеннями) статті Особливої частини КК. Тому, навіть при конкуренції, статті Загальної частини не конкурують. Конкуренція виникає між статтями (їх частинами, пунктами) Особливої частини КК.

З викладеного можна зробити висновок, що конкуренція в кримінальному праві означає наявність кількох статей (частин статей, пунктів статей) Особливої частини, які одночасно передбачають (охоплююють) діяння, яке підлягає кримінально-правовій кваліфікації. Вирішення ж питань конкуренції передбачає з’ясування того, яка ж із статей (частини статей, пунктів статей) повинна бути застосована в даному випадку.

Причини існування конкуренції в кримінальному законі

Причинитого, що існують статті кримінального закону, які конкурують між собою, різноманітні. Серед них є як причини суб’єктивного характеру, так і об’єктивні.

До причин суб’єктивного характеру відносяться ті, які пов’язані з недоліками при формуванні кримінального закону. Як в ході кодифікації, так і особливо під час поточної правотворчості, законодавець нерідко недосить вдумливо підходить до формулювання диспозицій статей Особливої частини КК. Одним із проявів цього є використання термінів, які в тій чи іншій мірі охоплюють поняття, які стосуються двох чи більше статей (їх частин, пунктів). Наприклад, вводячи кримінальну відповідальність за катування (ст.127 КК), законодавець як видається, не врахував, що відповідним поняттям охоплюється застосування насильства або знущання над особою при примушуванні давати показання (ч.2 ст.373 КК), примушуванні до антикокурентних узгоджених дій (ст.228 КК) та й чи не всі злочини, які полягають у застосуванні насильства.

Однак конкуренція статей кримінального закону це не завжди результат надлишків у законодавстві. В деяких випадках вона об’єктивно обумовлена, має позитивний зміст, наявність двох чи більше статей Особливої частини КК, які одночасно поширюються на певне діяння, запроваджується законодавцем цілком свідомо:

1) коли конструюються правові норми і відповідаючі їм статті закону про так звані “складені злочини”, або, як ще кажуть, враховану самим законодавцем сукупність злочинів. В таких випадках в одній статті (частині, пункті статті) Особливої частини КК передбачається відповідальність за посягання, кожне з яких охоплюється іншою статтею КК. Наприклад, ч.2 ст.194 КК - умисне знищення чужого майна, що спричинило загибель людей - це сукупність посягань, які передбачені ч.1 ст.194 КК та ч.2 ст.119 КК, інакше кажучи: ч.2 ст.194 = ч.1 ст.194 + ч.2 ст.119 КК.

Наявність такого роду статей відображає реальну криміногенну ситуацію - наявність в реальному в житті посягань, в яких поєднується заподіяння шкоди, передбаченої водночас окремими статтями (частинами, пунктами статей) Особливої частини КК. Це також спрощує застосування кримінального закону - адже при кваліфікації таких випадків, визначенні їх правових наслідків потрібно звертатися не до двох чи більше статтей Особливої частини, а лише до однієї. Водночас, існування статей про складені злочини породжує конкуренцію між цими статтями та статтями, які регламентують відповідальність за окремі злочини, які утворюють “складений”;

2) при створенні норм узагальнюючого характеру на базі кількох казуїстичних. Історія розвитку кримінального законодавства свідчить, що звичайно спочатку в ньому з’являються статті, які передбачають відповідальність за окремі прояви злочинних посягань. І лише згодом, на їх базі з’являються загальні норми. Класичним прикладом є Закони царя Хамураппі, які в окремих статтях передбачали відповідальність за викрадення сокири, човна, жінки... І лише через сотні і тисячі років з’явилася загальна норма про викрадення чужого майна. Якщо при цьому в законодавстві зберігаються і статті, які містять норми казуїстичного характеру, і загальну норму, то між ними виникає конкуренція;

3) у випадку виділення спеціальних норм із загальних, кожна з яких передбачена окремою статтею (частиною, пунктом статті). Виділення спеціальних норм обумовлено прагненням законодавця диференціювати кримінальну відповідальність - посилити чи пом’ягшити її порівняно з тією, яка встановлена в загальних нормах, або ж взагалі декриміналізувати діяння, які прямо не передбачені спеціальними нормами. Загальна норма встановлюється в КК як така, яка передбачає типовий ступінь суспільної небезпеки і яка повинна найбільш часто застосовуватися на практиці, яка відіграє роль резервної для тих випадків, які не підпадають під жодну із спеціальних норм. Типовим випадком є загальна норма про умисне знищення чи пошкодження чужого майна (ст.194 КК) та спеціальні норми про відповідні дії щодо окремих видів майна. Наявність статей, які передбачають загальну норму та одну чи кілька спеціальних норм також породжує конкуренцію між ними;

4) у випадку виділення кількох спеціальних норм, одні з яких спрямовані на посилення відповідальності, інші ж - на її пом’якшення. Наприклад, як раніше діюче, так і чинне кримінальне законодавство глибоко диференціює відповідальність за таких небезпечний злочин як умисне вбивство, передбачаючи як кваліфіковані, так і привілейовані види такого злочину (ст.ст.115-118 КК). В житті ж зустрічаються випадки, які підпадають одночасно під дію кількох спеціальних норм, передбачених різними статтями (частинами, пунктами статей) Особливої частини КК, тобто, виникає конкуренція між ними.

В цілому можна констатувати, що конкуренція в кримінальному праві становить собою ситуацію так званого подвійного регулювання***,*** яка дає змогу враховувати особливості охоронюваних суспільних відносин; можливість диференціювати кримінальну відповідальність; надає законові гнучкості, забезпечує можливість кваліфікувати вчинене в його межах та уникнути тим самим застосування закону за аналогією і нагромадження норм при правовій оцінці вчиненого злочину[[152]](#footnote-152).

Конкуренція і суміжні правові явища

З’ясування поняття конкуренції в кримінальному праві передбачає визначення місця цього поняття в системі правових категорій, його відмежування від подібних явищ. Такими явищами виступають:

1) колізія статей закону;

2) множинність злочинів;

3) суміжність статей кримінального закону.

Для всіх них характерно, що скоєне насправді чи лише на перший погляд, підпадає під ознаки двох чи більше правових норм, викладених в різних статтях (частинах, пунктах статей) Особливої частини КК.

**Співвідношення *колізії* і конкуренції статей закону** можна показати у вигляді таблиці, де вказані характерні ознаки кожного із цих правових явищ:

|  |  |
| --- | --- |
| **Колізія** | **Конкуренція** |
| Існують дві чи більше статті закону та викладені у них правові норми, які стосуються однієї і тієї ж ситуації | |
| Таке співвідношення між статтями закону, правовими нормами, коли одна із них суперечить іншій, | Статті одна одній не суперечать |
| Наявність однієї статті повністю виключає дію іншої | Конкуруючі статті закону існують паралельно |
| Виявляється (існує) незалежно від того, чи застосовуються стаття до конкретної життєвої ситуації | Виявляєтся лише в ході правозастосування (при кримінально-правовій кваліфікації) |
| Долається шляхом змін в законодавстві або на підставі колізійних правил (пріоритет нормативно-правових актів з вищою юридичною силою; перевага пізніше прийнятого акта, “вищість” міжнародно-правових актів над внутрідержавними і т.д.) | Вирішується на підставі правил подолання конкуренції (загальної і спеціальної норм, норм, які мають різний “об’єм” регулювання тощо) |

Виходячи з викладеного, слід підтримати висловлену в літературі позицію (В.Н.Кудрявцев, Б.А.Курінов, М.Й.Коржанський), згідно якої колізія норм права та їх конкуренція взаємопов’язані, але не ідентичні поняття, які не слід ототожнювати.

**Співвідношення конкуренції статей кримінального закону із *сукупністю злочинів*** має вирішуватися виходячи з таких засад:

- конкуренція статей кримінального закону виявляється при кваліфікації одного діяння щодо якого має бути застосована одна із конкуруючих між собою статей;

- сукупність злочинів передбачає наявність двох чи більше складів злочинів, кожний із яких передбачений окремою статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК. При кваліфікації множинності злочинів застосовуються дві чи більше статті (частини, пункти статті) Особливої частини

Таким чином, сукупність злочинів пов’язана із сукупністю статей Особливої частини, якими вона передбачена. Кваліфікація за сукупністю пов’язана із застосуванням кількох кримінально-правових норм, а не з вибором якоїсь однієї статті, як це має при конкуренції.

**Співвідношення конкуренції статей кримінального закону та їх *суміжності*** характеризується тим, що суміжні статті закону (чи передбачені ними суміжні склади злочинів) мають розмежувальні ознаки, за якими можна провести різницю між ними. Спільність (подібність, схожість) суміжних статей лише зовнішня - при більш детальному аналізі виявляється різниця між ними. Одне і те ж діяння не може підпадати під ознаки кількох суміжних статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК, які відрізняються між собою. Адже посягання не може становити собою одночасно крадіжку і шахрайство, воно не може бути вчинене разом умисно і через необережність. На відміну від цього конкуренція статей кримінального закону передбачає, що діяння одночасно (і насправді, а лише через недостатньо глибокий аналіз) підпадає під ознаки, закріплені в кількох статтях Особливої частини КК.

Про те, що має місце саме конкуренція статей Особливої частини КК, а не їх суміжність можна говорити на підставі уявного виключення цих статей, тобто, почергово припустити, що кожна окрема стаття взагалі не існує. Якщо у випадку відсутності якоїсь із статей діяння не може бути кваліфіковане за іншими (через відсутність ознак складу злочину), то маємо справу із суміжними статтями. у випадку, коли діяння при відсутності однієї із статей все одно підлягає кримінально-правовій кваліфікації (за іншою статею), а при відсутності цієї іншої - кваліфікується за тією, відсутність якої припускалася раніше, то наяву конкуренція статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК.

Ознаки конкуренції кримінально-правових норм

Викладене вище дає підстави вказати на такі ознаки конкуренції статей кримінального закону:

1) вчинено одне діяння, яке підлягає кримінально-правовій кваліфікації;

2) це діяння підпадає під ознаки двох або більше статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК;

3) кожна із цих статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК потенційно може бути застосована до діяння, яке підлягає кваліфікації (кожна із них “претендує” на застосування);

4) до діяння може повинна бути застосована лише одна із статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК, оскільки інше означатиме порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування;

5) норми, передбачені конкуруючими статтями (частинами, пунктами статей) частково співпадають за об’ємом та змістом, тобто взаємнопов’язані між собою.

Вказані ознаки конкуренції дозволяють сформулювати таке визначення:

***конкуренція статей кримінального закону має місце тоді, коли одне діяння, яке підлягає кримінально-правовій кваліфікації за однією із статей КК, підпадає під ознаки двох або більше взаємопов’язаних статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК, кожна із яких потенційно може бути застосована до цього діяння.***

Можна констатувати, що конкуренція проявляється лише в ході застосування правових норм до конкретних ситуацій. Сама по собі наявність статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК, які містять норми, що частково співпадають між собою, є передумовою конкуренції[[153]](#footnote-153). Сутність же вирішення питань конкуренції полягає у визначенні того, яка з конкуруючих статей (частин, пунктів статей) повинна бути застосована у конкретному випадку.

Критерії поділу конкуренції кримінально-правових норм на види

Питання класифікації конкуренції в кримінальному праві детально аналізувалися в літературі, зокрема О.К.Маріним[[154]](#footnote-154). Критерієм класифікації пропонується вибрати характер взаємозв’язку між конкуруючими нормами. Він може проявлятись у таких формах:

1. підпорядкування за об’ємом;
2. підпорядкування за змістом;
3. відсутність підпорядкування між конкуруючими спеціальними нормами, але наявність такого підпорядкування між кожною з них із єдиною загальною нормою.

У відповідності з цими формами взаємозв’язку норм і можна виділити основні види конкуренції кримінально-правових норм:

- конкуренцію частини і цілого;

- конкуренцію загальної і спеціальної норм;

- конкуренцію кількох спеціальних норм.

Звичайно, що види конкуренції кримінально-правових норм можна виділити і за іншими ознаками. Але це будуть допоміжні класифікації.

Наприклад, за кількістю норм, які конкурують, може виникнути: 1) одноступенева (одноетапна, одноразова) конкуренція – коли в такому процесі приймають участь дві кримінально-правові норми; 2) багатоступенева (багатоетапна, неодноразова) конкуренція - конкурують три або більше норми, тобто вказаний процес проходить вже два або більше етапи. Крім того в теорії кримінального права виділяють неповну (часткову) конкуренцію на відміну від повної. Ці види виділяються за рівнем співпадіння обсягу загальних і спеціальних кримінально-правових норм[[155]](#footnote-155).

Ще однією підставою для виділення видів конкуренції кримінально-правових норм може бути об’єкт суспільно небезпечного посягання. За цією ознакою можна виділити конкуренцію норм в межах:

а) безпосереднього об’єкта посягання – між нормами, що містяться в одній статті Особливої частини;

б) родового об’єкта посягання – між нормами, що містяться в одному розділі Особливої частини;

в) загального об’єкту злочину – між кримінально-правовими нормами взагалі;

Крім того, до наведеного ряду примикає конкуренція між кримінально-правовими нормами Особливої частини та охоронювальними адміністативно-правовими нормами.

Способи вирішення конкуренції кримінально-правових норм

Вироблену в правовій науці систему форм та засобів вирішення колізій правових норм можна узагальнити таким чином:

1. Усунення колізії правових норм: а) відміна всіх крім однієї з норм, що знаходяться в колізії; б) уточнення предмету (об’єкту) регулювання правових норм; в) відміна всіх правових норм, що знаходяться в колізії.
2. Подолання колізії правових норм: а) тлумачення правових норм; б) правоположення; в) колізійні норми; г) колізійні принципи.

Можна зробити припущення про придатність деяких з наведених форм (засобів) вирішення нормативних колізій для вирішення питань кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм.

При цьому слід мати на увазі, що **конкуренцію кримінально-правових норм повністю усунути неможливо**, хоча в теорії кримінального права робляться такі пропозиції. Конкуренція кримінально-правових норм є об’єктивним явищем, яке проявляється в ході застосування норм до життєвих випадків (кваліфікації). Передумовою виникнення конкуренції є стан законодавства - наявність декількох кримінально-правових норм, які розраховані на регламентацію одних і тих самих суспільних відносин, або, іншими словами, одна і та сама ситуація підпадає під дію декількох норм.

Отже, доцільно визнати формою вирішення конкуренції кримінально-правових норм її подолання.

***Засоби подолання конкуренції кримінально-правових норм можна визначити як юридичні інструменти, за допомогою яких вирішується питання про вибір однієї норми з кількох, що поширюються на даний випадок і претендують на застосування до нього***. Конкуренція кримінально-правових норм долається за допомогою таких засобів:

1) **колізійна (конкурентна) норма** - формально визначене та нормативно закріплене в кримінальному законі правило кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм.

2) **правоположення** - сприйняте практикою та об’єктивоване в актах правозастосування правило подолання конкуренції кримінально-правових норм певного виду;

3) **теоретичне правило** - вироблена теорією кримінального права та науково обгрунтована рекомендація спеціалістів в галузі кримінально-правової кваліфікації по вибору кримінально-правової норми у випадку конкуренції певного виду.

В теорії права (кримінального зокрема) одним з способів подолання суперечностей правового регулювання (колізій) називають тлумачення правових норм (офіційне та неофіційне (доктринальне) Однак з цього приводу, враховуючи специфіку конкуренції кримінально-правових норм та її відмінність від колізії, більш вдалим видається твердження про те, що при кваліфікації виходять з ознак закону вже усвідомлених і витлумачених, інакше недовго дійти до того, що закон “підганяється” під конкретний випадок. Тому, видається, тлумачення правових норм як процес з’ясування (роз’яснення) їх змісту не може визнаватися способом подолання конкуренції кримінально-правових норм як нетипової ситуації при кваліфікації злочинів.

Важливим є питання про ієрархію та взаємодію вказаних засобів, в якій послідовності до них потрібно звертатися, як вони взаємообумовлені.

У взаємозв’язку:

***Теоретичне правило - Правоположення - Колізійна (конкурентна) норма***, прослідковується шлях об’єктивізації певного правила подолання конкуренції кримінально-правових норм, шлях від теорії до правової норми. Так, нерідко, органи правозастосування звертаються до науковців з проханням роз’яснити певні ситуації, порекомендувати можливі шляхи виходу з них. Теоретичне ж правило, яке сприйняте практикою правозастосування може отримати нормативне закріплення.

Коли вже йде мова про подолання конкуренції у процесі правозастосування, то з урахуванням існуючої правової системи спорстерігається зворотня послідовність: Норма - Правоположення - Теоретичне правило. Тобто, у ситуації, коли наявне правоположення суперечить конкурентній нормі при правозастосуванні повинна враховуватись саме правова норма. У випадках суперечності між правилом, закріпленим у правоположенні, та теоретичним правилом керуватися при кваліфікації слід все ж таки правоположенням.

Аналіз сучасного законодавства, матеріалів практики, теоретичних положень дозволяє зробити висновок про те, що на сьогодні колізійні (конкурентні) норми не займають належного місця насамперед тому, що їх у чинному законодавстві немає.

## 7.2. Кваліфікація злочинів при конкуренції загальної та спеціальної норм.

Поняття конкуренції загальної та спеціальної норм

***При конкуренції загальної та спеціальної норм одна з них (загальна) охоплює визначене коло діянь, а інша (спеціальна) - частину цього кола, тобто різновиди діянь, передбачених загальною нормою.*** Взаємозв’язок між ними характеризується співвідношенням понять “рід - вид”

В конкуренції вказаного виду приймають участь, принаймні, дві норми, одна з яких носить загальний характер, а інша - спеціальний, а взаємозв’язок між ними має характер підпорядкування за об’ємом. Співвідношення вказаних норм, як правило, ілюструють за допомогою так званих логічних кіл.

Співставлення загальних та спеціальних норм показує, що загальна норма ширша за об’ємом, тобто охоплює більше коло діянь, ніж спеціальна, але остання містить більше ознак, за рахунок яких вона і виділяється з загальної. У випадках конкуренції загальної та спеціальної норм чітко проявляється закон зворотного співвідношення об’єму та змісту поняття.

Формального критерію виявлення конкурентності принаймні двох кримінально-правових норм не існує й існувати не може. Можна лише відзначити закономірність, пов’язану з мовним виразом спеціальної норми, який часто містить вказівку на наявність норми загальної. Це може бути або назва статті Особливої частини КК або слова “ті ж дії”, “таке ж діяння” і тому подібне.

Отже, необхідно шукати інший, об’єктивний критерій такого встановлення (виявлення). Ним може бути критерій сутнісний, при застосуванні якого, увага звертається не на формулювання кримінально-правових норм у законі, а на виявлення їх дійсного співвідношення.

Будь яка норма сама по собі не може бути ні загальною, ні спеціальною; вона стає такою, що конкурує з іншою нормою, тільки при взаємодії між ними, за межами генетичного зв’язку спеціальна норма втрачає свої особливості і виступає як звичайна норма кримінального права. Тому виявляти конкуренцію загальної та спеціальної норми можна лише під час кваліфікації, у процесі правозастосування. Не маючи в наявності суспільно небезпечного посягання, яке потребує кримінально-правової оцінки, говорити про реальність конкуренції кримінально-правових норм завчасно, оскільки немає потреби застосовувати такі норми. Разом з тим, можна виявляти потенційні зв’язки конкуренції між чинними кримінально-правовими нормами і рекомендувати практиці можливі шляхи виходу з таких ситуацій, коли в цьому виникне необхідність.

Залишення чи створення у чинному кримінальному законодавстві норм, які або можуть, або неодмінно будуть знаходитись в конкуренції із взаємозв’язком “загальна і спеціальна” виступає елементом кримінально-правового регулювання.

В спеціальній літературі пропонується досить простий спосіб встановити наявність конкуренції загальної та спеціальної норми: необхідно уявити, що певної норми в КК немає взагалі і поставити питання про те, чи залишаться караними передбачені нею діяння. Якщо знайдеться інший склад, який передбачає за них відповідальність, то наявні конкуруючі норми, причому більш широка за об’ємом виконує роль загальної, а більш вузька – спеціальної. Разом з тим, такий чисто юридичний підхід придатний лише для простих випадків; для більш складних ситуацій необхідний поглиблений соціально-політичний аналіз появи конкуруючих норм в праві.

На практиці трапляються випадки, коли ситуацію конкуренції оцінюють за сукупністю конкуруючих норм, і обумовлено це, видається, невиявленням зв’язків конкуренції між кримінально-правовими нормами. Так, наприклад, Ш. обвинувачувався за ст.133, ч.2 ст.165, ч.2 ст.166 КК України 1960р. Формулювання обвинувачення виглядає таким чином: Ш. обвинувачується в тому, що працюючи головою правління ВАТ “Ходорівполіграфмаш” та будучи посадовою особою, в серпні 1998 року незаконно звільнив 16 трудящих з роботи та незаконно притягнув до дисциплінарної відповідальності 193 трудящих з особистих мотивів з помсти за їх активну громадську діяльність при організації та проведенні страйку з 16.03. по 08.05.1998 року, чим порушив їх конституційні права. Крім цього, Ш. обвинувачувався в тому, що умисно з корисливих мотивів та іншої особистої заінтересованості використав посадове становище всупереч інтересам служби, що спричинило тяжкі наслідки у вигляді грубого порушення конституційних прав і свобод громадян. Крім цього, Ш. обвинувачувався в тому, що 02.11.1998 року близько 12 години в приміщенні адміністративного корпусу ВАТ “Ходорівполіграфмаш”, будучи посадовою особою, з метою помсти за участь у страйку, явно виходячи за межі наданих йому прав та повноважень умисно наніс працівнику підприємства С. удар кулаком в обличчя, спричинивши йому легкі тілесні ушкодження без розладу здоров’я, тобто вчинив своїми діями образу особистої гідності потерпілого, що супроводжувалось насильством та було болісним. Ухвалою судової колегії в кримінальних справах Львівського обласного суду кваліфікація не змінена .Разом з тим, видається, суди і першої і другої інстанції, кваліфікуючи діяння Ш., припустилися помилки, застосувавши за сукупністю норми, передбачені ст.133 (яка є спеціальною) та ст.165 (яка в даному випадку є спеціальною) КК України 1960р. в ситуації кримінально-правової оцінки одного суспільно небезпечного посягання.

При порівнянні загальної та спеціальної норм слід керуватися загальним методологічним принципом про співвідношення загального та окремого. В спеціальній нормі обов’язково повинні міститися всі ознаки загальної норми, в той же час, спеціальна норма повинна містити і свої, специфічні ознаки, які виділяють її із загальної норми. Це можуть бути ознаки спеціального суб’єкта (ст.117 КК України 2001р.), потерпілого (ст.443 КК України 2001р.), конкретизація об’єктивної сторони шляхом зазначення способу вчинення злочину, знарядь вчинення злочину і т.д.

Разом з тим склади злочинів можуть містити ознаки або формулювання, які відмежовують одну норму від іншої і тим самим унеможливлюють конкуренцію (в ч.1 ст.192 “Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою” КК України 2001р. зазначено, що відповідальність за цією статтею настає лише за умови заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства. Разом з тим, у ч.1 ст. 190 КК України 2001р. шахрайство визначається як заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою, а заволодіння майном чи придбання права на майно може бути способом заподіяння майнової шкоди. Таким чином, відповідальність за ст.192 КК України 2001р. повинна наставати за всі випадки заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, крім заволодіння чужим майном або придбання права на майно).

Правила кваліфікації при конкуренції загальної та спеціальної норм

В основі кваліфікації при конкуренції загальної та спеціальної норм лежать правила, вироблені ще давньоримськими юристами. Одне із них звучить: *lex speciale derogat generale -* спеціальний закон виключає [у даній справі] дію загального. Інше ж виглядає так - *judicis est pronuntiando sequi regulam, exceptione non probata* - якщо підстави для винятку не доведені, то суддя зобов’язаний слідувати правилу

Тому в кримінально-правовій літературі одностайно пропонується правило правозастосування при конкуренції загальної та спеціальної норм: *в цих випадках повинна застосовуватись лише спеціальна норма.*

Правильність цього положення не викликає сумнівів. Логічні підстави такого вирішення конкуренції загальної та спеціальної норм, зводяться до того, що, оскільки, законодавець спеціально виділив спеціальну норму, застосовувати необхідно саме її. Крім того, це правило останнім часом знайшло закріплення у кримінальному законодавстві деяких держав, що також свідчить про його без спірність.

З іншої сторони, важливими видаються такі висловлені в літературі положення:

- *якщо у вчиненому відсутня яка-небудь ознака спеціальної норми, то замість неї застосовується загальна;*

- *одночасна кваліфікація за загальною та спеціальною нормами можлива лише у випадках реальної сукупності злочинів*;

-*співвідношення санкцій загальної та спеціальної норм для кваліфікації значення не має*.

Важливим питанням вирішення конкуренції загальної та спеціальної норм є питання про можливість кваліфікації посягання, яке підпадає під ознаки норм, які можна визначити як загальна та спеціальна, за сукупністю. Вказана проблема повинна вирішуватись з використанням вироблених наукою правил про множинність (повторність, сукупність, рецидив) злочинів. Тобто, якщо вчинено декілька злочинів, то всі вони повинні бути кваліфіковані самостійно, кожен акт злочинної поведінки повинен бути так чи інакше врахований при кримінально-правовій оцінці вчинених посягань. Застосування ж правил про конкуренцію кримінально-правових норм для вирішення питань реальної сукупності злочинів не дозволяє врахувати ці моменти і буде суперечити принципу повноти кримінально-правової кваліфікації. Так, прикладом кваліфікації за сукупністю норм, які в іншій ситуації можуть виступати як загальна та спеціальна, може бути такий випадок. М., П. та С. органами попереднього слідства обвинувачуються в тому, що вони ввечері 18.12.1991 року біля ресторану “Галич” в м.Львові вчинили розбійний напад на працівників міліції Б. і П.М., а також їх знайомого Г. з метою заволодіння закріпленою за Б. табельною зброєю і в результаті чого заволоділи пістолетом системи Макарова, посвідченням працівника міліції, а також рядом особистих речей потерпілих. Дії цих осіб правильно кваліфіковані за ч.2 ст.142 та ч.2 ст. 223 КК України 1960р., оскільки в такій ситуації наявна реальна сукупність злочинів.

Отже, при кваліфікації злочинів при конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм слід користуватися тільки й виключно сутнісним критерієм - подоланням цього виду конкуренції із використанням розробленого правовою наукою правила незалежно від розмірів санкцій, наявної практики правозастосування, якщо вона суперечить теоретично обгрунтованим положенням. **Використосувати при цьому можна такий алгоритм:**

По-перше, визначити, чи у даній ситуації є конкуренція загальної та спеціальної норми. Для цього необхідно:

1. встановити, що за наявне суспільно небезпечне посягання кримінальна відповідальність передбачена ще принаймні однією кримінально-правовою нормою;
2. встановити характер співвідношення таких наявних двох кримінально-правових норм, визначити яка з них є загальною, а яка - спеціальною (для цього необхідно використовувати загальні правила визначення співвідношення загального та особливого);
3. перевірити, чи відповідають ознаки вчиненого діяння ознакам складу злочину, передбаченого у спеціальній нормі.

По-друге,

1. встановивши, що правозастососування відбувається при конкуренції загальної та спеціальної норм, використавши відповідне правило подолання конкуренції цього виду, кваліфікувати вчинене за спеціальною нормою;
2. у випадках встановлення відсутності такої конкуренції, це може полягати у невиявленні в ознаках діяння ознак спеціальної норми, - провести кваліфікацію за загальною нормою;
3. при встановленні реальної сукупності злочинів, передбачених потенційно конкуруючими нормами, встановити відсутність конкуренції та кваліфікувати діяння за сукупністю кримінально-правових норм.

## 7.3. Кваліфікація злочинів при конкуренції кількох спеціальних норм.

Поняття конкуренції кількох спеціальних норм

Конкуренцію кількох спеціальних норм між собою можна визначити як вид конкуренції кримінально-правових норм, при якому вчинене одне діяння підпадає під ознаки двох (виділених з однієї загальної норми) спеціальних норм, які не знаходяться у підпорядкуванні ні за об’ємом, ні за змістом, але мають спільні ознаки, які можуть одночасно міститися у вчиненому.

Для конкуренції кількох спеціальних норм характерним є:

- це пробіл (прогалина) в законодавстві, тобто відсутність норм, які б передбачали вчинення діяння, що одночасно підпадає під ознаки двох норм.

- конкуренція спеціальних норм, як вид конкуренції кримінально-правових норм, володіє всіма родовими ознаками цього правового явища;

- вчинене діяння охоплене щонайменше трьома кримінально-правовими нормами - загальною та двома спеціальними;

- основною специфічною (видовою) ознакою цього виду конкуренції є те, що спеціальні норми, виділені з однієї загальної, не знаходяться у відношенні підпорядкування ні за об’ємом, ні за змістом;

- вказані кримінально- правові норми мають спільні ознаки, які становлять їх зміст, які відповідають ознакам, що наявні (містяться) у вчиненому суспільно небезпечному посяганні. Це в свою чергу зумовлює спільність (співпадіння) об’єму регулювання і, в кінцевому рахунку, можливість їх конкуренції.

Види конкуренції спеціальних норм та правила їх вирішення

В теорії кримінального права виділяють в основному три види конкуренції спеціальних норм між собою та правила їх вирішення:

1) **про кваліфікований та особливо кваліфікований склади злочину** (за умови відсутності між ними підпорядкування). Пропонується таке правило її вирішення: *більш тяжка кваліфікуюча ознака поглинає менш тяжку; при конкуренції декількох частин статті, які передбачають кваліфікуючі обставини, повинна застосовуватися та частина, яка передбачає найбільш небезпечні ознаки з числа наявних в даному конкретному випадку* ;

2) **про привілейований та особливо привілейований склади злочинів** (за цієї ж умови). *При цьому має застосовуватись повинна норма про більш привілейований склад злочину*. Обргунтовується таке вирішення питання тим, зокрема, що наявність декількох пом’якшуючих обставин не повинно погіршувати становище винного порівняно з тим, якщо була б тільки одна з них;

**3) про привілейований та кваліфікований склади злочинів** (за цієї ж умови). Для цієї ситуації пропонується правило, згідно якого *застосовуватись повинна норма, що передбачає привілейований склад злочину*. Це правило грунтується на тому, що всі сумніви при застосуванні кримінально-правових норм, зокрема про пріоритет однієї з конкуруючих норм, повинні тлумачитися на користь обвинуваченого (підсудного, засудженого).

Ці положення сприйняті судовою практикою. Так, п.10 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 28 червня 1991 року №4 “Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань”, зазначає, що судам слід мати на увазі, що дії осіб, які вчинили вбивство або заподіяли тяжкі тілесні ушкодження при перевищенні меж необхідної оборони, і одночасно перебували в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло, належить кваліфікувати відповідно за статтями 97, 104 КК України, тобто за більш м’яким законом, а не за статтями 95, 103 КК України.

## 7.4. Кваліфікація злочинів при конкуренції частини і цілого.

Поняття конкуренції частини і цілого

Конкуренцію частини та цілого можна визначити як ***вид конкуренції кримінально-правових норм, при якому вчинений злочин підпадає під дію двох (або більше) кримінально-правових норм, одна з яких - ціле, охоплює вчинене в цілому та разом, а інша (інші) - норми - частини, визнають як самостійні злочини лише частини вчиненого суспільно небезпечного посягання***.

Конкуренція частини і цілого виступає у кримінальному праві у таких основних формах:

1. конкуренція норм про простий та складений склади злочинів;
2. конкуренція норм про незакінчену злочинну діяльність та закінчений злочин;
3. конкуренція норм про співучасть у злочині та “самостійний” злочин.

Правила кваліфікації при конкуренції частини і цілого

Загальне правило для кваліфікації злочину при конкуренції частини і цілого, полягає в тому, що *завжди повинна застосовуватись та норма, яка охоплює з найбільшою повнотою всі фактичні ознаки вчиненого діяння*. Вона має перевагу перед нормою, яка передбачає лише частину того, що вчинив злочинець.

Принципова підстава саме такого вирішення конкуренції кримінально-правових норм цього виду очевидна. Норми про частину і ціле знаходяться у підпорядкуванні за змістом, перевага при якому віддається поняттю (нормі), що з найбільшою повнотою охоплює явище (вчинене). Крім того, таке вирішення проблеми відповідає принципу повноти кримінально правової кваліфікації.

Разом з тим, в літературі та на практиці можна зустріти винятки з цього загального правила. Так, у випадках, коли “частина” становить собою більш небезпечне посягання, практично завжди пропонується кваліфікувати вчинене за сукупністю норм про ціле та частину (Тарарухін С.А.) Таким шляхом йде і практика правозастосування. Так, вироком Шевченківського районного суду м.Львова від 08.02.1994 року Г. засуджений по ч.2 ст.206 та ч.1 ст.101 КК України за те, що 19.06.1989 року в с.Купиволя Жовківського району Львівської області в групі з П. безпричинно із хуліганських спонукань причіпилися до С., ображали його та наносили побої. При цьому П. один раз вдарив потерпілого і побіг, а Г., продовжуючи хуліганські дії, наносив удари руками і ногами в різні частини тіла, збивши потерпілого з ніг, чим умисно заподіяв С. тяжкі тілесні ушкодження .[[156]](#footnote-156)

При конкуренції частини і цілого, кримінально-правові норми, які є підставами кримінальної відповідальності особи, перебувають у підпорядкуванні за змістом, а саме: одна з них - ціле - охоплює все вчинене в цілому. При цьому слід мати на увазі той факт, що провідну роль тут відіграє об’єкт кримінально-правової охорони. У нормі про ціле він завжди ширший, повніший за об’єкт, який охороняється нормою про частину.

З точки зору об’єкту охорони кримінально-правової норми, конкуренція частини і цілого наявна, коли шкода основному об’єкту спричиняється шляхом посягання на додатковий об’єкт, або, іншими словами, тут посягання на додатковий об’єкт є необхідним способом спричинення шкоди основному безпосередньому об’єкту (Тацій В.Я.).

Об’єкт ширший і у випадку конкуренції норми про незакінчену злочинну діяльність та закінчений злочин. Так, наприклад, об’єктом тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння, є здоров’я особи і таке діяння може бути кваліфіковане як умисне тяжке тілесне ушкодження за ст.121 КК України 2001р. Разом з тим, коли буде доведено, що певними діяннями було вчинене посягання на більш “повний” об’єкт - життя особи (посягання на життя завжди і обов’язково містить посягання на здоров’я), такі діяння з врахуванням конкретних обставин кваліфікуються як замах на умисне вбивство. Тобто, при доведенності прямого умислу на вбивство, питання про конкуренцію норм про заподіяння тяжкого тілесного ушкодження та про замах на вбиство повинно вирішуватись на користь цілого - замаху на вбивство.

Це саме має місце і у випадках, коли має місце конкуренція самостійної норми та норми про співучасть.

Проблему конкуренції частини і цілого часто порівнюють з поглинанням злочинів. Ці поняття, видається, співвідносяться як явище (конкуренція частини і цілого) та процес, який відбувається у цьому явищі (поглинання злочинів). З точки зору проблеми вирішення конкуренції частини і цілого проблема поглинання має бути висвітлена в такому аспекті.

Висуваємо тезу: у нормі про ціле обов’язково повинна бути зазначена (міститися) чітка вказівка на наявність (врахованість) іншого складу злочину - частини, або така наявність, врахованість, повинна прямо випливати із змісту закону. Тільки в такому випадку може мати місце поглинання нормою про ціле норми про частину. Так вказівка в диспозиції ст.187 КК України 2001р. на насильство, небезпечне для життя чи здоров’я особи або погрозу застосування такого насильства означає, що норма про розбій здатна поглинути злочини, передбачені ст.ст. 121, 122, 125, 126, 127, 129, 146 КК України 2001р.

# 8. КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ за НАЯВНОСТІ КВАЛІФІКУЮЧИХ ТА ПРИВІЛЕЮЮЧИХ ОЗНАК СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ

Аналіз Особливої частини КК України показує, що в ньому є немало норм, які передбачають відповідальність за, по суті, однакові злочини – вбивство, тілесні ушкодження, знищення або пошкодження майна тощо. Ці норми, маючи єдину основу, разом із тим включають і ряд ознак, з врахуванням яких посилюється, або, навпаки, пом’якшується відповідальність за певне посягання. Такі норми передбачені або окремими, самостійними статтями Особливої частини КК, або ж викладені в різних частинах однієї і тієї ж статті.

В теорії кримінального права склади злочинів, які передбачають різні за суспільною небезпекою види одного і того ж посягання прийнято називати простими (основними), кваліфікованими, особливо кваліфікованими та привілейованими[[157]](#footnote-157) складами. Існує певна специфіка в законодавчих конструкціях, які використовуються при формулюваннях статей, які містять такі склади злочинів. При застосуванні відповідних норм постає ряд питань, які не виникають щодо інших злочинів – тих, відповідальність за які не диференціююється з врахуванням суспільної небезпеки. Серед них:

- в чому полягає відмінність між різними видами одного і того ж злочину і різними злочинами;

- яке місце ознаки простого (основного) складу злочину займають в інших видах складів цього ж злочину;

- чи однакове суб’єктивне ставлення має бути щодо ознак простого (основного) складу злочину і кваліфікуючих або привілеюючих ознак;

- як співвідносяться загальні норми, що містять кваліфікуючі ознаки, і спеціальні норми, що таких ознак не передбачають, зокрема, як повинні вирішуватися питання конкуренції в таких випадках;

- як вирішувати питання конкуренції між нормами, які передбачають різні види одного і того ж злочину;

- як кваліфікувати вчинений у співчасті злочин, де в скоєному одними співучасниками наявні кваліфікуючі чи привілеюючі ознаки складу, а в діяннях інших співучасників такі ознаки відсутні;

- що лежить в основі визначення моменту закінчення злочину з кваліфікуючими чи привілеюючими ознаками;

- як кваліфікувати посягання, в якому є одночасно ознаки, передбачені різними пунктами чи частинами однієї і тієї ж статті Особливої частини КК, чи можлива сукупність відповідних норм;

- яким чином при кваліфікації можна відобразити наявність кількох кваліфікуючих ознак, передбачених однією і тією ж частиною статті КК.

Чинний КК не містить відповіді на ці та інші подібні запитання. В правозастосовній практиці вони вирішуються не завжди однозначно. А в теорії кримінального права застосуванню норм, які містять різні види одного і того ж злочину, належна увага не приділяється. Внаслідок цього чітких рекомендацій щодо вирішення вказаних вище та інших питань не сформульовано.

Вказані обставини й обумовлюють актуальність вивчення даної теми. Слід зауважити, що проблеми кваліфікації злочинів, вчинених при наявності кваліфікуючих та привілеюючих ознак, не становлять собою самостійної, окремої групи. Вони вирішуються на основі положень, які сформульовані в теорії та апробовані практикою щодо кваліфікації злочину, з врахуванням стадії його вчинення, кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, кваліфікації множинності злочинів та конкуренції кримінально-правових норм. Мова йде лише про інтерпретацію відомих рішень, їх поширення щодо даних злочинів. Таким чином, вивчення цієї теми ще й послужить повторенню, кращому засвоєнню матеріалу, освоєного раніше.

## 8. 1. Диференціація кримінальної відповідальності, кримінально-правова кваліфікація, індивідуалізації покарання

Поняття диференціації кримінальної відповідальності

Диференціація – від латинського *differentia* означає відмінність: розділення, розчленування, розслоєння на різноманітні й різні форми і ступені. У праві, коли говорять про диференціацію відповідальності, мають на увазі встановлення різних форм і видів відповідальності за правопорушення у залежності від його родових і видових ознак.

Встановлення різних *форм* відповідальності – це закріплення її у нормативних актах різних галузей права. Встановлення ж різних *видів* відповідальності означає її розділення в нормах однієї і тієї самої галузі права, закріплення необхідності застосування санкцій, які відрізняються за видами та розмірами покарання, або ж навіть визначення підстав, при яких за діяння не настає кримінальна відповідальність чи особа звільняється від неї. Наприклад, у чинному законодавстві глибоко диференційована відповідальність за крадіжку. Така диференціація проведена за такими ознаками:

1) *форма власності майна*, яке виступає предметом крадіжки (за дрібну крадіжку державного і колективного майна встановлена адміністративна відповідальність яка не передбачена щодо крадіжки приватного майна; при вчиненні крадіжки приватного майна передбачена специфічна особливо кваліфікуюча ознака – “значна шкода потерпілому”);

2) *вартість викраденого майна* – за цією ознакою виділяється крадіжка в істотному розмірі, така, що завдала значну шкоду потерпілому, у великому розмірі, в особливо великому розмірі;

3) *властивості майна* – залежно від того, виступає воно як майно взагалі чи майно, особливого роду (зброя, наркотичні засоби, військове майно);

4) *ознаки складу злочину, які характеризують об’єктивну сторону і суб’єкта крадіжки майна* – вчинення повторно, за попередньою змовою групою осіб, з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, організованою групою.

Виявом того, що відповідальність за певне діяння диференційована, є наявність в кримінальному та інших галузях права багатьох норм про відповідальність за таке діяння.

Диференціація відповідальності, як правило, свідчить про розвиненість правової системи, про увагу законодавця до питань відповідальності за певні посягання. Звичайно, глибоко диференціюється відповідальність за небезпечні і поширені злочини – вбивство, злочини проти власності. Водночас відповідальність за злочини, які рідко зустрічаються в житті або ж становлять винятково високу небезпеку, не піддається диференціації. Зокрема, не диференційована відповідальність за такі небезпечні злочини, як державна зрада, диверсія.

Разом із тим, надмірна диференціація відповідальності може свідчити про недоліки законодавчої техніки, про те, що законодавство відстало від реальних суспільних умов, або ж що має місце вияв фантазії, примха законодавця. Так важко пояснити, чим керувався законодавець, передбачаючи в ст.213 КК “Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом” посилення відповідальності при вчиненні відповідних діянь особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею. Адже жодних даних про те, що рецидив цього злочину буде зустрічатися в житті ніколи і ніде не наводилося, реально й за простий вид цього злочину притягають до кримінальної відповідальності винятково рідко.

**Для диференціації кримінальної відповідальності притаманні такі ознаки:**

- вона здійснюється лише законодавцем і тільки в кримінальному законі;

- проводиться щодо різних видів одного й того ж злочину – посягань, які характеризуються спільними визначальними ознаками;

- полягає у встановленні більш суворої або менш суворої відповідальності за окремі види одного і того ж злочину;

- виражається у наявності кількох статей або частин статті, в яких передбачається відповідальність за один злочин;

- її змістом є врахування і відображення в кримінальному законі ознак, які підвищують чи зменшують ступінь суспільної небезпеки злочину;

- передумовою диференціації кримінальної відповідальності є криміналізація діяння – встановлення кримінальної відповідальності.

- є обов’язковою для органів, які здійснюють правозастосування.

Необхідність диференціації кримінальної відповідальності

Відомо, що існують два головних напрямки розвитку кримінального права. Перший полягає в посиленні відповідальності за злочини тяжкі, корисливі та насильницькі, вчинені при організованих формах співучасті. Він знаходить свій вияв у встановленні більш суворих санкцій за відповідні посягання, забороні або обмеженнях застосування звільнення від кримінальної відповідальності і покарання. Другий же виявляється в лібералізації кримінального права. Диференціація ж кримінальної відповідальності дозволяє досягнути вдалого балансу між “м’ягкістю” і “жорстокістю” КК[[158]](#footnote-158). Закріплення в кримінальному законі можливості застосування норм, які враховують більш високу, чи, навпаки, зменшену суспільну небезпеку посягань, передбачають різні санкції дозволяє точніше врахувати особливості злочинної поведінки, які зустрічаються в житті.

Диференціація відповідальності здійснюється за типовими ознаками, які завжди змінюють суспільну небезпеку посягання. Вона поширюється на всі злочини, які вчинені при наявності тих чи інших ознак. Так, щодо розкрадань такими ознаками є вартість викраденого майна. Викрадення майна на суму, яка дозволяє визнати таке посягання, вчиненим у великих чи особливо великих розмірах означає, що цей злочин є більш небезпечним, ніж той, що має місце при меншій вартості викраденого.

Диференціюючи відповідальність, законодавець враховує реальну криміногенну ситуацію, типову для певних посягань суспільну небезпеку.

Диференціювати чи не диференціювати кримінальну відповідальність – це, врешті-решт, право законодавця. При вирішенні цього питання певну роль відіграють не лише об’єктивні чинники – різна ступінь суспільної небезпеки тих чи інших проявів злочинного посягання, а й їх усвідомлення, суб’єктивне бажання законодавця виділяти в законі окремі норми про відповідальність за однорідні діяння, можливості законодавчої техніки тощо. Однак якісний кримінальний закон повинен відображати криміногенну дійсність, враховувати принципи кримінально-правової політики (одним із яких і визнається диференціація кримінальної відповідальності), надавати правоохоронним органам і судам можливості для врахування типових ознак, які визначають ступінь і характер суспільної небезпеки посягання. Тому диференціація відповідальності на рівні правотворчості в такому сенсі виступає як необхідність правового регулювання.

Для правозастосовних органів врахування диференціації відповідальності однозначно є вже не правом а обов’язком. Оскільки ознаки, за якими проводиться диференціація відповідальності, вказані в диспозиції статті кримінального закону, вони стають обов’язковими для даного складу злочину і при встановленні їх у скоєному неодмінно повинна інкримінуватися саме норма, в якій встановлена “диференційована відповідальність”.

Індивідуалізація кримінальної відповідальності

Життя завжди багатше закону. У ньому зустрічаються випадки, які є нетиповими, або ж які виражені більш чи менш інтенсивно, ніж це передбачено типовою нормою. Наприклад, вчиненою в особливо великому розмірі буде визнаватися крадіжка і на суму в 10200 грн., і на кілька мільйонів гривень. Однак всі вони передбачені однією і тією ж нормою – ч.5 ст.185 КК, яка виділена з врахуванням необхідності диференціації кримінальної відповідальності за розміром викраденого. Очевидно, що було б несправедливо за вказані види злочинів застосовувати однакові міри відповідальності.

Тому закон передбачає не лише диференціацію кримінальної відповідальності за типовими ознаками посягання, але і її індивідуалізацію з врахуванням ознак, притаманних для конкретного злочину. При цьому відбувається врахування індивідуальних ознак конкретного діяння й особи, яка його вчинила, а не типові властивості.

Індивідуалізація кримінальної відповідальності відбувається способами і в межах, встановлених в КК. ***Спосіб індивідуалізації відповідальності*** – це сукупність визначених в законі прийомів, з використанням яких враховуються особливості конкретного злочину та особи, яка його вчинила. Такими способами виступають:

- індивідуалізація покарання в межах санкції статті (частини статті) Особливої частини КК;

- вибір між застосуванням кримінальної відповідальності і звільненням від кримінальної відповідальності;

- вибір між призначенням покарання для реального відбування і звільненням від покарання.

***Межі індивідуалізації відповідальності*** визначаються з врахуванням обраного способу такої індивідуалізації (відповідно, межами, визначеними законом для такого виду відповідальності). Так, при індивідуалізації відповідальності способом індивідуалізації покарання вона здійснюється:

- шляхом вибору виду покарання з кількох альтернативних покарань, передбачених за даний злочин законом;

- призначенням або не призначенням додаткових покарань;

- визначенням конкретного розміру покарання в межах максимуму і мінімуму кожного із видів відносно визначених покарань;

- застосуванням можливості призначити покарання більш м’яке, ніж передбачене законом.

Взаємовз’язок між диференціацією кримінальної кримінальної відповідальності, її індивуалізацією та кримінально-правовою кваліфікацією

В літературі звичайно підкреслюється взаємозв’язок між диференціацією кримінальної відповідальності та її індивідуалізацією. Так, відзначається, що вони взаємопов’язані і становлять собою “дві сторони” кримінальної відповідальності. Вони логічно йдуть одна за одною, однак мають різну правову природу. При диференціації законодавець окреслює загальний контур, рамки караності, ураховує таку, що піддається типізації ступінь суспільної небезпеки діяння. Тут судовий угляд обмежується суворими рамками закону. При індивідуалізації ж відповідальності суддя у визначених йому рамках обирає міру покарання, керуючись уже врахованими законодавцем в санкції характером і типовим ступенем небезпеки і самостійно оцінюючи індивідуальний ступінь суспільної небезпеки скоєного[[159]](#footnote-159).

Викладені міркування потребують, принаймні, уточнення. Одне з них полягає в тому, що індивідуалізацію відповідальності не можна обмежувати лише обранням міри покарання. Це – лише один із можливих способів індивідуалізації, яка здійснюється шляхом використання і ряду інших інститутів Загальної частини КК. Інше ж зауваження - більш суттєве для розгляду зв’язку аналізованих явищ – стосується визнання неточним вказівки на те, що диференціація і індивідуалізація логічно “йдуть одна за одною”. Вони пов’язані не прямо, між ними є опосередковуючи ланка, якою виступає кримінально-правова кваліфікація. Взаємозв’язок між цими явищами можна показати так:

*Диференціація відповідальності – Кримінально-правова кваліфікація – Індивідуалізація відповідальності.*

Тобто, послідовно відбуваються три етапи:

1) спочатку законодавець диференціює відповідальність – встановлює кілька норм, які передбачають відповідальність за однорідне посягання;

2) на підставі диференційованих норм відбувається кваліфікація скоєного. Без проведення кримінально-правової кваліфікації:

- диференціація відповідальності не може бути реалізованою, вона існує лише потенційно, яка правова можливість;

- не може відбутися індивідуалізація відповідальності, оскільки яка саме з багатьох норм підлягає застосуванню встановлюється через проведення кваліфікації.

3) на основі кваліфікації скоєного за певною нормою Особливої частини КК відбувається диференціація кримінальної відповідальності в межах санкції цієї статті чи через використання інших інститутів Загальної частини КК.

Таким чином, можна стверджувати, що кримінально-правова кваліфікація є центральним елементом в цій системі, з’єднувальною ланкою між диференціацією відповідальності та її індивідуалізацією.

Зв’язок вказаних правових явищ має свій вираз ще в одному аспекті – ***межах угляду, які допускає законодавець для осіб, що здійснюють правозастосування***. Детальна диференціація відповідальності, як правило, має своїм наслідком обмеження свободи угляду при індивідуалізації відповідальності – відмову від альтернативних покарань чи обмеження їх кількості в диспозиції статті Особливої частини КК, скорочення розриву між мінімумом і максимумом покарання, більш вузькі можливості для застосування звільнення від кримінальної відповідальності. І, навпаки, відсутність різнобічної диференціації відповідальності передбачає наявність “широких” санкцій.

В літературі часом спрощено трактують такий взаємозв’язок, не враховують в ньому роль кримінально-правової кваліфікації. Прийнято вважати, що чим більша довіра законодавця до суддівського корпусу, тим більші межі угляду він допускає при індивідуалізації відповідальності – рідко використовує кваліфікуючі та привілеюючі ознаки складу злочину, допускає велику “вилку” між мінімумом і максимумом покарання, вводить абстрактно сформульовані підстави звільнення від кримінальної відповідальності. В той же час, законодавець може переключити вирішення питань врахування ступеня суспільної небезпеки посягання на себе через детальну диференціацію відповідальності і звуження суддівського угляду. Останнє, на перший погляд, характерне для сучасного етапу розвитку кримінального законодавства України. В КК 2001 р. не знайдеш санкцій типу “до п’ятнадцяти років позбавлення волі”, переважно розрив між мінімумом і максимумом покарання істотно зменшено. Зате значно більша кількість статей передбачає не лише прості, а й кваліфіковані, особливо кваліфіковані види злочинів, істотно збільшилося застосування в статтях КК ознак, з врахуванням яких диференціюється відповідальність (особливо таких, як вчинення злочину організованою групою, велика чи особливо велика шкода).

Така побудова кримінально-правових норм веде до підвищення ролі правильної кримінально-правової кваліфікації у взаємозв’язку: *диференціація відповідальності – кримінально-правова кваліфікація – індивідуалізація відповідальності.* Якщо при “широких” санкціях головна небезпека зловживань була в неправильному призначенні покарання, то розвинута диференціація підвищує загрозу від неправильної кваліфікації скоєного. Вплинути на кримінально-правове становище особи, яка притягається до відповідальності можна шляхом кваліфікації за нормами про більш тяжкий, чи м’якший злочин. Внаслідок цього змінюються засоби забезпечення законності при цій сфері:

- при розширенні індивідуалізації відповідальності її можна забезпечити шляхом контролю за судом. Враховуючи порівнянь невеликий чисельний склад суддів, їх високий фаховий рівень – в усі часи судді становлять еліту професійних юристів – це завдання, яке більш-менш піддається вирішенню;

- курс на диференціацію відповідальності вимагає більш пильної уваги до правильної кваліфікації і її досягнення в діяльності органів дізнання, досудового слідства і прокуратури. Приймаючи до уваги велику кількість працівників, які уповноважені на проведення кримінально-правової кваліфікації, те, що досі значна частина з них не має належної професійної підготовки, інші аналогічні фактори можна припустити, що збільшення кількості можливих варіантів кваліфікації та підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, наявність в КК “гумових” диспозицій (що, зокрема, пов’язане з часто невиправданим використанням оціночних понять, відсутністю критеріїв встановлення їх змісту), запровадження більш жорстких умови для зміни кваліфікації тягне за собою зростання випадків неправильної кримінально-правової кваліфікації внаслідок як помилок, так і прямих зловживань.

Тому в сучасних умовах має бути звернута першочергова увага саме на питання забезпечення правильної кримінально-правової кваліфікації. Вони є пріоритетними порівняно з іншими питаннями матеріального кримінального права в досягненні цілей індивідуалізації відповідальності.

## 8.2. Кваліфіковані та привілейовані склади злочинів як засіб диференціації кримінальної відповідальності

Поняття злочинів, щодо яких здійснюється диференціація кримінальної відповідальності

Про диференціацію відповідальності можна вести мову тоді, коли розглядаються різні види одного злочину. Лише в такому випадку можна порівнювати суспільну небезпеку посягань, які характеризуються однаковим її характером. При цьому, під характером суспільної небезпеки звичайно розуміють не індивідуальну ознаку конкретного злочинного діяння, а ознаку, яка характеризує всі злочини певної групи чи певного виду[[160]](#footnote-160).

Різні види одного і того ж злочину мають місце тоді, коли посягання, передбачені різними статтями чи різними частинами однієї і тієї ж статті КК мають спільні конституюючи ознаки, тобто, коли в їх основі лежать ознаки одного і того ж складу злочину. При цьому такі злочини характеризуються ще й додатковими ознаками, наявність яких свідчить про підвищення чи зменшення суспільної небезпеки посягання.

Щодо різних посягань (які відрізняються ознаками основного складу злочину) здійснюється не диференціація відповідальності, а її розмежування. Адже такі злочини відрізняються за характером суспільної небезпеки (на родовому чи видовому рівнях). Щодо різних злочинів законодавець не диференціює відповідальність, а встановлює її з врахуванням суспільної небезпеки, насамперед, простих видів відповідних деліктів.

Засоби диференціації кримінальної відповідальності

Як вже відзначалося, диференціація кримінальної відповідальності відбувається через врахування і відображення в кримінальному законі ознак, які підвищують чи зменшують ступінь суспільної небезпеки злочину. Зменшення ступеня суспільної небезпеки може відбуватися до такого рівня, коли діяння взагалі вже не визнається злочином. Тому можна виділити такі правові засоби диференціації кримінальної відповідальності:

1) використання в диспозиціях статей Особливої частини КК кваліфікуючих чи привілеюючих ознак, і, відповідно, виділення різних видів складів злочину за ступенем суспільної небезпеки;

2) встановлення підстав для звільнення від кримінальної відповідальності в зв’язку з позитивною посткримінальною поведінкою;

3) визначення змісту малозначності як обставини, при наявності якої певні діяння не визнаються злочином.

Вказані засоби диференціюють кримінальну відповідальність, оскільки кожен із них:

- встановлений законом, поширюється на всі випадки вчинення відповідних діянь;

- має однаковий зміст для будь-якого злочину певного виду. Вони не тлумачаться окремо з врахуванням індивідуальних особливостей конкретного посягання чи особи яка його вчинила;

- є обов’язковим для застосування. При кваліфікації наявність чи відсутність таких засобів повинна враховуватися обов’язково і неодмінно, це не залежить від угляду, доброї волі працівників право застосовних органів;

- істотно впливає на суспільну небезпеку посягання.

Центральне місце серед вказаних засобів диференціації відповідальності займає перший із названих - виділення різних видів складів злочину за ступенем суспільної небезпеки. Саме цей спосіб найбільш детально регламентований в законі. Норми про склади злочинів, виділені з врахуванням ступеня суспільної небезпеки, частіше використовуються на практиці ніж ті, що регламентують малозначність чи звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці.

Види складів злочину за ступенем суспільної небезпеки.

За ступенем суспільної небезпеки склади злочинів прийнято поділяти на:

1. прості;
2. кваліфіковані;
3. особливо кваліфіковані;
4. привілейовані.

Для кожного із них характерна наявність єдиного “ядра” – спільних ознак, які притаманні для будь-якого виду одного і того ж злочину. Це ознаки основні для даного злочину будь-якого з видів. Тому їх і іменують ознаками основного складу злочину. Крім того, кваліфіковані, особливо кваліфіковані, привілейовані склади злочинів містять ще й додаткові ознаки, які впливають на суспільну небезпеку будь-якого злочину, що відноситься до даного виду.

Законодавець виділяє вказані види складів злочину далеко не для кожного посягання. Немало злочинів мають лише основний склад. Виділення привілейованих складів є вкрай рідким в чинному КК. На сьогодні привілейовані склади злочинів виділені лише щодо умисного вбивства (ст.ст.116-118 КК).

В частинах статей, де передбачені кваліфіковані або особливо кваліфіковані склади злочинів, характерним є використання двох або більше альтернативних ознак. Наявність будь-якої з них (з одночасною наявністю ознак основного складу) дає підставу вважати, що має місце певний вид злочину. Тому в таких випадках можна говорити про те, що в законі передбачено кілька кваліфікованих чи особливо кваліфікованих складів злочинів.

Склади злочинів, виділені за їх суспільною небезпекою, передбачаються частіше за все в окремих частинах однієї і тієї ж статті Особливої частини КК. Винятково рідко вони передбачаються в самостійних статтях Особливої частини (як приклад в КК 2001 р., можна назвати хіба що статті про умисне вбивство при привілеюючих ознаках).

Основний (простий) склад злочину

Так званий ***основний (або як його ще називають - простий, або ж вчинений без кваліфікуючих та привілеюючих ознак) склад злочину*** - це склад, який містить мінімальну кількість ознак, достатніх для того, щоб визнати діяння злочином. Такі ознаки виражають типову, таку, що найбільш часто зустрічається в житті ступінь суспільної небезпеки посягання. Якщо законодавець оптимально виразив ознаки простого складу злочину в законі, то саме стаття, чи частина статті, які передбачають ознаки такого складу, в більшості випадків застосовуються на практиці. Основний склад злочину є базовим для конструювання всіх інших видів складів злочину, які виділяються за ступенем суспільної небезпеки. Слід уточнити, що певну ступінь суспільної небезпеки, мають відповідні злочини, як явища дійсності, а не склади злочинів - поняття про ці явища.

Склади злочинів, які передбачають більш небезпечні посягання - кваліфіковані чи особливо кваліфіковані, чи менш небезпечні - привілейовані - обов'язково містять в собі ознаки основного складу цього ж злочину. Відповідні склади злочинів конструюються законодавцем шляхом вказівки на додаткові (до тих, які є в основному складі злочину) ознаки. Такі додаткові ознаки або є взагалі новими для певного злочину - вони відсутні в основному складі (наприклад, суспільно небезпечні наслідки - завдання великої матеріальної шкоди - в кваліфікованому складі шахрайства з фінансовими ресурсами (ч.2 ст.222 КК), або ж по новому характеризують зміст ознак, які наявні і в основному складі (наприклад, наслідки крадіжки, вчиненої у великих розмірах в ч.4 ст.185 КК, які більші за розміром, ніж характерні для складу злочину, передбаченого ч.1 цієї ж статті КК).

Відсутність хоча б однієї ознаки основного складу злочину говорить про те, що ми маємо справу не з іншим видом складу певного злочину, а з складом зовсім іншого злочину, який має кваліфікуватися за іншою статтею кримінального закону. Тому викликає заперечення викладена в одному з підручників позиція, відповідно з якою кваліфікований склад злочину може утворюватися за рахунок "заміни" одних ознак складу злочину іншими, або ж коли "окремі елементи чи ознаки основного складу злочину перестають бути обов'язковими для кваліфікованого чи особливо кваліфікованого складу"[[161]](#footnote-161). Приклад, який наводиться для обгрунтування такої думки, аж ніяк не переконує в її правильності, скоріше - навпаки. Те, що в ч.2 ст.365 КК спеціально не названі суспільно небезпечні наслідки, які зазначені в частині першій цієї ж статті - "істотна шкода державним або громадським інтересам або охоронюваним законом правам та інтересам окремих фізичних чи юридичних осіб" - зовсім не означає, що при вчиненні кваліфікованого виду перевищення влади або службових повноважень така шкода не заподіюється. Перевищення влади або службових повноважень, яке супроводжується насильством, застосуванням зброї або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями неодмінно тягне за собою істотну шкоду, принаймні, для авторитету держави, або органу чи установи, від імені яких діє винний, шкоду морального характеру для потерпілих осіб тощо. Тому такі наслідки є обов'язковими не лише для простого, але й для кваліфікованого виду даного злочину[[162]](#footnote-162). Такий висновок випливає ще й з загальновизнаного поняття службового злочину. Відсутність істотної шкоди в діях означає або те, що має місце не службовий злочин, а дисциплінарний проступок, або ж , що вчинено злочин проти особи чи проти громадського порядку.

Кваліфікований, особливо кваліфікований, привілейований склади злочинів

***Кваліфікований склад злочину*** – це склад, який містить ознаки основного складу і одну чи кілька додаткових ознак, які підвищують суспільну небезпеку посягання. Ці ознаки можуть бути альтернативними, або ж становити собою обов’язкове поєднання (комбінацію) кількох ознак. Прикладом останнього є хоча б така кваліфікуюча ознака крадіжки та ряду інших злочинів, як вчинення посягання за попередньою змовою групою осіб. Вона має місце тоді, коли:

1. у вчинення злочину як виконавці прийняли участь дві чи більше особи;
2. вони змовилися між собою про спільне вчинення злочину;
3. змова була попередньою.

Особливо кваліфікований склад злочину конструюється на тих же засадах, що й кваліфікований. Його специфіку виражає одна чи кілька ознак, які ще більше підвищують суспільну небезпеку посягання, порівняно з небезпекою основного чи кваліфікованого складу злочину. Особливо кваліфікований склад злочину так само, як і кваліфікований утворюється за рахунок "додавання" особливо кваліфікуючих ознак. Але додаватися вони можуть як до ознак основного, так і кваліфікованого складу злочину. Таким чином, ***особливо кваліфікований склад злочину передбачає наявність ознак, обов'язкових для основного чи кваліфікованого складу злочину та особливо кваліфікуючих ознак***. Тобто, за частиною 3, 4 або 5 статей (в яких звичайно й передбачається відповідальність за особливо кваліфіковані склади злочинів) діяння може кваліфікуватися лише тоді, коли встановлені також ознаки складу злочину, передбаченого ч.1 чи 2 (інколи 3, 4) цієї ж статті КК. Так, застосування чи спроба застосування предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовеного для нанесення тілесних ушкоджень, кваліфікується як особливо кваліфіковане хуліганство лише за умови, що встановлено наявність дій, передбачених частинами 1, 2 або 3 ст.296 КК. Відсутність в скоєному ознак основного чи кваліфікованого складу хуліганства означає, що діяння має кваліфікуватися не як хуліганство, а як інший злочин..

***Привілейований склад злочину*** звичайно утворюється за рахунок додавання ознак, які зменшують суспільну небезпеку злочину, порівняно з небезпекою основного складу, а тим більше кваліфікованого чи особливо кваліфікованого. Тому такий склад злочину містить ознаки основного складу (або ж всі чи частину ознак кваліфікованого чи особливо кваліфікованого) та додатково ознаки, які названі в диспозиції статті кримінального закону.

Співвідношення між складами злочину, виділеними за ступенем суспільної небезпеки

Викладене означає що ***між складами злочину - основним, кваліфікованим, особливо кваліфікованим, привілейованим - існує співвідношення частини і цілого***. При цьому основний склад злочину є "частиною" для кваліфікованого; основний або кваліфікований становлять частину особливо кваліфікованого; основний, кваліфікований або особливо кваліфікований становлять собою частину стосовно привілейованого складу злочину.

При кваліфікації злочинів вказане співвідношення між окремими видами їх складів повинно враховуватися наступним чином:

1) злочини, які мають основний та кваліфікований, особливо кваліфікований, привілейований склади не можуть утворювати ідеальну сукупність. В такому випадку одне діяння відноситься не до різних складів злочинів, а до різних видів одного і того ж складу, передбаченого, як правило, окремими частинами статті кримінального закону. Водночас, злочини, передбачені різними частинами однієї і тієї ж статті Особливої частини, можуть утворювати таку сукупність, якщо вони передбачають склади різних злочинів;

2) при конкуренції між вказаними видами злочинів пріоритет мають норми, які передбачають такі склади:

- кваліфікований - перед основним;

- особливо кваліфікований - перед основним і кваліфікованим;

- привілейований - перед основним, кваліфікованим і особливо кваліфікованим;

3) якщо в діянні встановлена наявність кількох кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак одного і того ж складу злочину, які альтернативно передбачені в одній і тій же частині статті чи окремій статті Особливої частини, або різних частинах статті, то має місце не сукупність злочинів, а один злочин з кваліфікованим, особливо кваліфікованим складом.

Викладені положення знаходяться в основі конкретних правил кваліфікації злочинів, відповідальність за які диференційована законодавцем шляхом виділення кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих, привілеюючих ознак їх складів.

## 8.3. Правила кваліфікації злочинів, відповідальність за які диференційована

Кваліфікація при наявності кількох кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак

При розслідуванні та судовому розгляді конкретних кримінальних справ часто встановлюється наявність одночасно кілька ознак, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність. Якщо поєднується кілька привілеюючих ознак чи встановлена наявність як привілеюючих, так і кваліфікуючих ознак, то має місце їх конкуренція, яка буде проаналізована згодом.

Зараз же розглянемо питання кваліфікації у випадках поєднання кількох ознак, які посилюють кримінальну відповідальність. Наприклад, крадіжка вчинена повторно, за попередньою змовою групою осіб, з проникненням у приміщення і у особливо великих розмірах.

Не викликає сумніву, що вчинення злочину при кількох ознаках, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність свідчить про більш високий ступінь його суспільної небезпеки, порівняно з посяганням, яке характеризується наявністю лише однієї такої ознаки. Очевидно, що в ідеалі кваліфікація повинна відображати наявність одночасно кількох аналізованих ознак. Однак, це можливе лише за умови, що кожна кваліфікуюча або особливо кваліфікуюча ознака має своє позначення - цифрою чи буквою.

В чинному ж КК це здійснене лише щодо кваліфікуючих ознак умисного вбивства, які в ч.2 ст.115 КК виділені в окремих пунктах і пронумеровані; в той же час окремі пункти не мають своїх санкцій Тому *умисне вбивство, вчинене при кількох кваліфікуючих ознаках кваліфікується з вказівкою на них і в формулюванні звинувачення і в формулі кваліфікації*. Сама ж формула кваліфікації, наприклад, умисного вбивства двох або більше осіб, вчиненого з корисливих мотивів та за попередньою змовою групою осіб виглядає, так:

**п.п.1,2,12 ч.2 ст.115 КК України.**

В усіх же інших випадках - *коли кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки окремо не виділені - наявність кількох із них відображається лише у формулюванні звинувачення.*

*У формулі кваліфікації посилання робиться:*

1)  *на частину статті, яка містить наявні ознаки, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність - якщо всі такі ознаки передбачені однією і тією ж частиною;*

2) *якщо кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі ознаки передбачені різними частинами статті, то скоєне кваліфікується за частиною статті, яка передбачає найбільш тяжкий вид злочину.*

Зокрема, у наведеному вище випадку крадіжки, яка вчинена при вказаних ознаках, у формулі кваліфікації здійснюється вказівка на ч.5 ст.185 КК.

*Неприпустимо кваліфікувати один злочин, вчинений при кваліфікуючих ознаках, передбачених різними частинами статті КК, за їх сукупністю*, наприклад у вищенаведеній ситуації за ч.2, 3, 5 ст.185 КК. В літературі, щоправда без жодної аргументації, вказується, що “коли вчинено крадіжку повторно, з проникненням у житло, у великих розмірах, організованою групою, то необхідно кваліфікувати один злочин за чч. 2, 3, 4 і 5 ст.185 КК, що і робиться на практиці”[[163]](#footnote-163). Насамперед, автор цього твердження суперечить сам собі, оскільки вже в наступному реченні пише, що “злочин з більш обтяжуючими кваліфікуючими ознаками повинен поглинати попередні частини з менш обтяжуючими ознаками і не потрібно вказувати всі попередні частини, а тільки перелічити всі кваліфікуючі ознаки (як, наприклад, в ст.185 КК)”[[164]](#footnote-164). По-друге, як вже вказувалося, при цьому має місце один злочин, а не сукупність злочинів. Пропонована ж кваліфікація веде до штучного конструювання сукупності. По-третє, така кваліфікація може привести до неправильного призначення покарання - спочатку окремо за кожною із частини статті, а потім за сукупністю. По-четверте, голослівним є посилання на практику. Вона цього не допускає, навпаки, пленум Верховного Суду України в п.32 постанови від 25 грудня 1992 р. (з наступними змінами) “Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності” дав інше роз’яснення, а саме, що в таких випадках вчинене належить кваліфікувати за тією частиною, яка передбачає більш суворе покарання. При цьому всі кваліфікуючі ознаки повинні бути вказані в постанові про притягнення як обвинуваченого, обвинувальному висновку і в мотивувальній частині вироку.

Тому наведене твердження не має ні теоретичного, ні практичного обґрунтування.

Кваліфікація при конкуренції кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих, привілеюючих ознак

Встановлення кількох ознак, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність, не завжди означає, що має місце їх сукупність. Вони можуть перебувати між собою і у відносинах конкуренції, а це передбачає необхідність вибору певної ознаки, надання їй переваги перед іншими.

Конкуренція ознак, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність існує у кількох формах:

1) **конкуренція кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак з одного блоку і привілеюючих - з іншого**. Якщо діяння одночасно вчинене при ознаках, з врахуванням яких відповідальність посилюється, і при ознаках, наявність яких веде до пом’якшення відповідальності, то перевага віддається останнім, *скоєне кваліфікується за нормою про привілейований вид злочину.* Наприклад, захищаючись від нападу особа кидає в посягаючого гранату, якою вбито винного та створена небезпека враження сторонніх осіб. При цьому мають місце ознаки умисного вбивства способом, небезпечним для життя багатьох осіб (п.5 ч.2 ст.115 КК), і, водночас, вбивства при перевищенні меж необхідної оборони (ст.118 КК). Пленум Верховного Суду України вказав, що в такій ситуації скоєне слід кваліфікувати за нормою про вбивство при привілеюючих ознаках. Висновок про те, що при конкуренції кваліфікуючих та привілеюючих ознак пріоритет мають привілеюючі базується на принципі тлумачення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються. Адже в самому КК така ситуація прямо не вирішена;

2) **конкуренція привілеюючих ознак між собою**. Наявність кількох привілеюючих ознак (наприклад, вбивство вчинене в стані сильного дущевного хвилювання і, водночас, при перевищенні меж необхідної оборони) вимагає здійснити вибір норм, яка підлягає застосуванню в конкретному випадку. *Перевагу слід віддати нормі, яка встановлює найбільш привілейований вид злочину*. Таке рішення обґрунтовують звичайно тим, що наявність кількох привілеюючих ознак не повинно погіршувати становище особи порівняно з тим, коли має місце лише одна із них;

3) **кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак між собою.** Кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі ознаки конкурують між собою тоді, коли вони:

- виключають одна одну. Це, зокрема, має місце при конкуренції мотивів, оскільки в теорії кримінального права визнається, що злочин вчиняється з якимось одним домінуючим мотивом. Так, не може бути вчинене вбивство одночасно і з корисливих, і з хуліганських мотивів. В такому випадку виникає конкуренція частини і цілого, а *скоєне кваліфікується за нормою, яка передбачає ознаку більш широку за змістом;*

- поглинають одна одну. При цьому виникає конкуренція норм, одна з яких передбачає загальну, а інша - спеціальну ознаку. Наприклад, якщо кримінальна відповідальність диференційована з врахуванням вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб і організованою групою (як це має місце щодо ряду злочинів проти власності), то конкретне посягання, вчинене організованою групою, підпадає як під частину статті, де передбачена вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, так і під частину статті, де встановлена відповідальність за вчинення злочину організованою групою. Адже, кожна більш висока форма співучасті характеризується і ознаками попередніх форм співучасті. При такій конкуренції - конкуренції загальної і спеціальної норм пріоритет має спеціальна. *Скоєне належить кваліфікувати за нормою, яка передбачає кваліфікуючу або особливо кваліфікуючу ознаку більш вузьку за змістом.*

Встановлення наявності або відсутності кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих, привілеюючих ознак складу злочину

Ознаки, з врахуванням яких проведена диференціація кримінальної відповідальності, як і всі інші ознаки складу злочину встановлюються в ході дізнання, досудового слідства і судового розгляду справи. В таких випадках виникає потреба у зміні кваліфікації, оскільки зазнала змін її фактична підстава.

При цьому можливо, що:

1) якісь кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі, привілеюючі ознаки, що раніше вважалися наявними і з врахуванням яких була проведена кваліфікація, “відпадуть”. В такому випадку кваліфікація змінюється на частину статті (статтю), яка передбачає злочин, вчинений без такої ознаки. Наприклад, якщо в судовому засіданні не доведено вчинення крадіжки за попередньою змовою групою осіб, яка була кваліфікована за ч.2 ст.185 КК, то кваліфікація змінюється на ч.1 ст.185 КК.

2) буде виявлена наявність вказаних ознак, хоча на попередніх етапах процесу вони не були враховані при кваліфікації. Тоді скоєне підлягає перекваліфікації на частину статті (статтю), яка передбачає злочин, вчинений при наявності такої ознаки. Так, визнання того, що умисне вбивство вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства з боку потерпілого, тягне за собою зміну кваліфікація з ч.1 (або відповідного пункту ч.2) ст.115 КК на ст.116 КК

При цьому зміна кваліфікації допускається в межах, і з дотриманням порядку, встановленого для цього на окремих стадіях кримінального процесу, про що детальніше буде сказано далі.

Зміна кваліфікації у випадках, коли не доведена наявність ознак основного складу злочину

В ході досудового слідства або судового розгляду кримінальної справи, порушеної за нормою про кваліфікований чи особливо кваліфікований вид злочину можливо й те, що не буде доведено наявність ознак основного складу злочину. Наприклад, розслідування перевищення влади, яке супроводжувалося насильством показало, що обвинувачений заподіяв середньої тяжкості тілесні ушкодження не використовуючи при цьому свої службові повноваження, діяв як приватна особа. Тобто, встановлена відсутність обов’язкових ознак складу злочину, передбаченого ч.2 ст.365 КК - діяння та ознак спеціального суб’єкта.

Відсутність ознак основного складу злочину при наявності кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак оцінюється з врахуванням кримінально-правового значення останніх. Можливі дві ситуації:

1) такі ознаки не передбачені як самостійний злочин. В такому випадку скоєне не може бути кваліфіковане як злочин. Факт же вчинення діянь чи настання наслідків, використання певних знарядь, застосування певного способу посягання залишається безкарним. Наприклад, внаслідок забруднення моря сталася масова загибель об’єктів тваринного і рослинного світу, однак при цьому не встановлено порушення спеціальних правил. В такому випадку скоєне не може бути кваліфіковане ні за ч.1 або 2 ст.243 КК, ні за будь-якою іншої статтею Особливої частини КК;

2) ознаки, з використанням яких диференціююється кримінальна відповідальність, становлять собою самостійний злочин. Відсутність ознак обов’язкового складу, які виступають елементом кваліфікованого або особливо кваліфікованого складу злочину, не означає, що скоєне не кваліфікується як злочин. Відповідальність не може наставати за кваліфікований вид відповідного злочину, проте посягання має кваліфікуватися за статтею, яка передбачає самостійний злочин. Зокрема, в ситуації, описаній першою, скоєне не може бути кваліфіковане за ч.2 ст.365 КК, зате повинно кваліфікуватися за ч.1 ст.122 КК.

Суб’єктивне ставлення до ознак основного складу і ознак, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність

Кваліфіковані, особливо кваліфіковані, привілейовані склади в чинному КК виділяються переважно щодо умисних злочинів. Диференціація відповідальності в необережних посяганнях має місце вкрай рідко, її прикладами може бути хіба що вбивство через необережність (ст.119 КК), службова недбалість (ст.367 КК), ряд посягань, які пов’язані з порушенням спеціальних правил.

Однак те, що злочини, відповідальність за які диференційована з врахуванням ступеня суспільної небезпеки, визнаються умисними, не обов’язково означає, що суб’єктивне ставлення до ознак основного складу і кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак виражається в однаковій формі вини. Умисний характер посягання визначається формою вини, яка має місце щодо основного складу злочину. В той же час ставлення до кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак може виражатися і в необережності.

В п.17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. (з наступними змінами) “про судову практику в справах про зґвалтування та інші статеві злочини” вказано, що кримінально-правові норми, які передбачають відповідальність за зґвалтування неповнолітньої або малолітньої застосовуються коли винний *знав або допускав*, що вчиняє насильницький статевий акт з неповнолітньою або малолітньою, або коли він *міг і повинен був це передбачити*. Тобто, Верховний Суд ставлення до особливо кваліфікуючих ознак зґвалтування характеризує термінами, які стосуються не лише умисної (*знав*), але й необережної (*допускав, міг і повинен був передбачити*) форми вини.

Тобто, має місце те, що в теорії кримінального права інколи іменується *необережність в умислі.* При цьому злочин в цілому визнається умисним, а ставлення до окремих ознак складу (кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих) може характеризуватися і необережністю.

Більш того, для багатьох складів злочинів, виділених за ступенем суспільної небезпеки, характерним є те, що ставлення до кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак повинно виражатися лише в необережності. При умисному ставленні до відповідних ознак (це, як правило, наслідки, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність) скоєне кваліфікується за іншими статтями Особливої частини КК. Вказане стосується всіх норм, де відповідними ознаками виступають наслідки у вигляді *загибелі людей* (наприклад, ч.2 ст.194 КК). Умисне ставлення до таких наслідків вимагає кваліфікації не за нормою про кваліфікований вид злочину, а за тією, яка передбачає відповідальність за відповідне умисне посягання.

Визначення моменту закінчення складів злочинів, виділених за ступенем суспільної небезпеки

Момент закінчення основного і кваліфікованого або особливо кваліфікованого видів злочинів може не співпадати. Це має місце, якщо:

1) простий склад злочину - формальний чи усічений, а кваліфікований або особливо кваліфікований - матеріальний. Наприклад, простий склад злочину, передбаченого ст.372 КК “Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності”, закінчений з моменту пред’явлення обвинувачення у вчиненні злочину за відомо невинній особі, а кваліфікований - відтоді, коли має місце ще й штучне створення доказів обвинувачення або іншої фальсифікації.

2) в нормі про основний склад злочину як наслідок передбачено створення загрози заподіяння певної шкоди, а кваліфікований склад цього ж злочину передбачає заподіяння реальної шкоди. Так, самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда є закінченим злочином відтоді, коли виникла загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків (ч.1 ст.283 КК), або ж коли настала загибель людей чи інші тяжкі наслідки (ч.2 ст.283 КК).

Важливо враховувати ще й те, що момент закінчення кваліфікованих чи особливо кваліфікованих складів злочину може відрізнятися ще й з врахуванням характеру ознак, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність. Передбачене ч.2 ст.189 КК вимагання чужого майна, якщо воно вчинене повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища має такий же момент закінчення, як і простий вид цього ж злочину - відколи відповідна вимога, яка супроводжується погрозою, доведена до потерпілого. Такий же кваліфікований склад вимагання, але який має місце в зв’язку з погрозою вбивства або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень є закінченим злочином, коли до потерпілого доведено зміст саме такої погрози. Якщо ж скоєне кваліфікується за ч.2 ст.189 КК за ознаками пошкодження або знищення майна або ся завдання значної шкоди потерпілому, то посягання визнається закінченим з моменту настання таких наслідків.

В усякому разі слід мати на увазі, що кваліфікований чи особливо кваліфікований або привілейований склади злочинів не можуть мати момент закінчення більш ранній, ніж основний склад цього ж злочину. Якщо тлумачення диспозиції відповідної частини статті КК приводить до висновку, що передбачене нею посягання має більш ранній момент закінчення, ніж те, відповідальність за яке встановлене в частині першій цієї ж статті, то це вказує, що різними частинами статті передбачена відповідальність за різні прості склади злочинів.

Кваліфікація у випадках, коли ознаки, з врахуванням яких диференційована кримінальна відповідальність мають місце лише в посягання одного із співучасників

Ознаки, з врахуванням яких виділені кваліфіковані, особливо кваліфіковані, привілейовані склади злочинів можуть мати місце лише щодо окремих учасників злочину і не поширюватися на інших співучасників.

Наприклад, у вчиненні умисного вбивства приймають участь дві особи, одна з яких раніше вчинила умисне вбивство, а інша вчиняє такий злочин вперше.

Зрозуміло, що кваліфікація дій всіх співучасників однаково - враховуючи наявність відповідної ознаки лише в одного з них, чи навпаки - ігноруючи цю ознаку, оскільки вона відсутня в інших учасників злочину веде до порушення принципів кримінально-правової кваліфікації, зокрема, її індивідуальності, точності. Тому при кваліфікації у таких випадках слід враховувати сформульовані теорією кримінального права положення (які загалом вже викладалися при аналізі питань кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті):

*1) кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі, привілеюючі ознаки повинні бути в виконавця злочину. Лише за цієї умови інші співучасники можуть нести відповідальність за відповідний вид злочину;*

*2) ознаки, які характеризують лише особу, не поширюються на інших співучасників, якщо вони не наділені ними.*

Кваліфікація у випадках, коли кваліфікуючі, особливо кваліфікуючі ознаки становлять собою самостійні злочини

Ознаки з використанням яких диференційована кримінальна відповідальність, можуть становити собою самостійні злочини. Тобто, в таких випадках кваліфікований або особливо кваліфікований вид злочину становить собою складений злочини - враховану законодавцем у окремій кримінально-правовій норму сукупність злочинів, яка включає в себе:

1) простий вид злочину;

2) інший злочини, який відіграє роль кваліфікуючої чи особливо кваліфікуючої ознаки.

Конструкція такого складу злочину виглядає так:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Кваліфікований (особливо кваліфікований) склад злочину** | **=** | **Простий склад злочину** | **+** | **Склад злочину, передбачений самостійною статтею Особливої частини КК** |

В чинному КК так побудовані кваліфіковані, особливо кваліфіковані склади злочинів, які виділяються за наслідками. Наприклад, в ч.2 ст.121 КК передбачена відповідальність за кваліфіковані види умисного тяжкого тілесного ушкодження. Поміж інших кваліфікуючих ознак передбачена така, як смерть потерпілого, причому, як загальновизнано в теорії та на практиці, ставлення до смерті потерпілого виражається в необережності. Тобто:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Частина 2 ст.121 КК** | **=** | **Частина 1 ст.121 КК** | **+** | **Частина 1 (2) ст.119 КК** |

Поєднання простого складу злочину з іншим злочином, виділення такого конгломерату як кваліфікованого складу злочину означає, що законодавець вимагає застосування у відповідних випадках саме норми про кваліфікований вид злочину. Він вважає, що такий складений злочин більш небезпечний, ніж елементи, які його утворюють. Це підтверджується і порівнянням санкцій відповідних статей Особливої частини КК. Так, за умисне тяжке ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в ч.2 ст.121 передбачене позбавлення волі на строк від семи до десяти років. В той же час, простий вид тяжкого тілесного ушкодження (ч.1 ст.121 КК) карається позбавленням волі на строк від п’яти до восьми років, а за вбивство через необережність передбачене покарання у вигляді обмеження волі на строк від трьох до п’яти років або позбавлення волі на той же строк (ч.1 ст.119 КК), вбивство через необережність двох або більше осіб карається позбавленням волі на строк від восьми до п’яти років (ч.2 ст.119 КК).

Помилкою буде кваліфікувати скоєне за окремими елементами, які утворюють сукупність (за нормою про простий вид злочину та нормою, яка передбачає самостійний злочин). При такій кваліфікації ігнорується оцінка суспільної небезпеки складеного злочину, яка дана самим законодавцем, буде порушений принцип точності кримінально-правової кваліфікації. Також це може привести до неправильного призначення покарання.

Тому *кваліфікуюча, особливо кваліфікуюча ознака, яка передбачена як самостійний злочин, окремо не оцінюється. Все скоєне має кваліфікуватися за нормою, яка включає в себе таких злочин, що відіграє роль ознаки, з врахуванням якої диференційована відповідальність.*

Кваліфікація за умови, коли норма, яка становить собою кваліфікуючу ознаку сама містить іншу кваліфікуючу ознаку

Окремо слід зупинитися на випадках, коли самостійний злочин, який виступає як кваліфікуюча ознака, сам має кваліфіковані види. В чинному КК така ситуація має місце щодо кваліфікуючої ознаки, яка полягає у заподіянні тяжкого тілесного ушкодження. Адже ст. 121 Особливої частини КК, в якій встановлена відповідальність за цей злочин, передбачає кваліфіковані види такого посягання. Тому при кваліфікації розбою, перевищення влади або службових повноважень чи інших злочинів, кваліфікуючою або особливо кваліфікуючою ознакою яких є заподіяння тяжкого тілесного ушкодження виникає питання яку кримінально-правову оцінку слід дати випадкам, коли такі ушкодження вчинені способом, що має характер особливого мучення, заподіяні групою осіб, з метою залякування потерпілого або інших осіб, вчинені на замовлення або спричинили смерть потерпілого. Тобто, коли в ході вчинення іншого злочину заподіне не просто тяжке тілесне ушкодження, а таке, яке становить його кваліфікований вид, передбачений ч.2 ст.121 КК. Іншими словами, йдеться про те, чи поглинає кваліфікуюча ознака, яка становить собою самостійний злочин, кваліфікуючі ознаки, що відносяться вже до цього злочину.

Верховний Суд України не займає з цього приводу чітко визначеної позиції. В постанові Пленуму від 25 грудня 1992 р. (з наступними змінами) “Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності” в п.12 вказується, що заподіяння в процесі розбою тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок якого сталася смерть потерпілого належить кваліфікувати за сукупністю злочинів - за ч.3 ст.142 і ч.3 ст.101 КК (маються на увазі статті КК України 1960 р. - за КК 2001 р. це ч.4 ст.187 та ч.2 ст.121 КК). Там же констатується, що заподіяння смерті потерпілому з необережності при розбої також належить кваліфікувати за сукупністю злочинів - як розбій і вбивство через необережність.

В той же час, в п.16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. (з наступними змінами) “про судову практику в справах про згвалтування та інші статеві злочини” визначено, що заподіяння при зґвалтуванні тяжких тілесних ушкоджень, від яких сталася смерть потерпілої, слід розглядати як настання особливо тяжких наслідків, передбачених ч.4 ст.117 КК (йдеться про статтю КК 1960 р., яка відповідає ч.4 ст.152 КК), тому додаткова кваліфікація за ч.3 ст.101 КК не потрібна.

Щодо ще одного злочину - перевищення влади або службових повноважень Пленум Верховного Суду України в п. 8 постанові від 27 грудня 1985 р. (з наступними змінами) “про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень” роз’яснив, що тяжкими наслідками (особливо кваліфікуюча ознака) відповідного посягання слід вважати також заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень або смерті. І тут же, буквально в наступному реченні вказується, що умисне заподіяння смерті чи тяжкого тілесного ушкодження внаслідок перевищення влади або посадових повноважень повинно кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч.3 ст.166 КК (ч.3 ст.365 КК 2001 р.) та відповідних статей, які передбачають відповідальність за вбивство або тяжке тілесне ушкодження.

Водночас, в цьому ж пункті відзначається, що необережне заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження охоплюється ч.3 ст.166 КК і додаткової кваліфікації за статтями про вбивство через необережність чи необережне тяжке тілесне ушкодження не потребує.

Наведені рекомендації Верховного Суду викликають зауваження по кількох позиціях оскільки вони:

- фрагментарні. Щодо одних злочинів вирішується питання про кваліфікацію у випадку заподіяння в процесу здійснення посягання тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, а відносно інших це ж питання обійдене;

- суперечливі. Адже навряд чи можна погодитися з тим, що однорідні дії повинні отримувати неоднакову юридичну оцінку - кваліфікуватися або за сукупністю, або ж лише за нормою про кваліфікований (особливо кваліфікований) вид злочину. Певним поясненням таких розбіжностей може бути те, що в одних випадках в КК як ознака складу названо заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, а в іншому - настання тяжких наслідків. Але ж все одно, змістом тяжких наслідків визнається заподіяння тяжких тілесних ушкоджень;

- суперечать принципу недопустимості подвійного інкримінування. Адже Верховний Суд України, а за ним і нищестоячі суди та інші правозастосовні органи при кваліфікації за сукупністю, інкримінують норму про особливо кваліфікований вид злочину в зв’язку з наявністю певних кваліфікуючих ознак (зокрема, тяжких наслідків), а потім застосовують норму про інший злочин, оскільки кваліфікуюча ознака не охоплює собою шкоди у вигляді заподіяння смерті.

- без достатніх підстав вважають заподіяння смерті (умисно чи з необережності) різновидом тяжких чи особливо тяжких наслідків. Видається, що такого роду шкода явно виходить за межі навіть особливо тяжких наслідків, так як:

- будь-яке вбивство чи тяжке тілесне ушкодження - це наслідки надзвичайні, які виходять за межі будь-яких інших. Тому не можна вважати, що такі наслідки охоплюються будь-яких з понять, які містяться в Особливій частині КК;

- вбивство і тяжкі тілесні ушкодження посягають на об’єкти, які не підпорядковуються іншим об’єктам. Тому немає підстав вважати, що життя іншої людини чи здоров’я іншої людини виступають лише додатковими безпосередніми об’єктами відповідних посягань, охороняються попутно з іншими правоохоронюваними благами, відповідальність за їх порушення настає лише постільки, поскільки порушені інші об’єкти кримінально-правової охорони.

Виходячи з викладеного слід вважати, що:

*1) при заподіянні смерті чи тяжкого тілесного ушкодження в ході вчинення інших злочинів скоєне має кваліфікуватися за сукупністю;*

*2) якщо такі наслідки передбачені як кваліфікуюча ознака, то вони охоплюються відповідною частиною статті про “основний” злочин;*

*3) кваліфікуючі ознаки тяжкого тілесного ушкодження (вказані в ч.2 ст.121 КК) в будь-якому разі не охоплюються кваліфікованими чи особливо кваліфікованими видами злочинів.*

Запобігання подвійного інкримінування при кваліфікації злочинів, склади яких виділені за ступенем суспільної небезпеки

При кваліфікації складів злочинів, виділених за ступенем суспільної небезпеки, існує небезпека подвійного інкримінування. Вона виникає за наявності одночасно таких умов:

1) кваліфікуючі або особливо кваліфікуючі ознаки становлять собою самостійні склади злочинів;

2) вчинене посягання містить ознаки, які “виходять” за межі тих, які передбачені відповідною частиною статті Особливої частини КК і виникає потреба кваліфікувати скоєне за сукупністю.

Якщо скоєне кваліфікувати за нормою, яка передбачає кваліфікований або особливо кваліфікований склад злочину та нормою, яка встановлює відповідальність за інше самостійне посягання (більш небезпечне, ніж те, яке відіграє роль ознаки складу першого злочину), то одні і ті ж діяння будуть враховані при кваліфікації двічі. Така ситуація найчастіше має місце щодо ознак, які стосуються заподіяної шкоди. Наприклад, вбивство в ході розбійного нападу прийнято кваліфікувати за ч.4 ст.187 та п.6 ч.2 ст.115 КК, зґвалтування, яке супроводжується вбивством - за ч.4 ст.152 та п.10 ч.2 ст.115 КК. Відповідні вказівки з цього приводу дані в постановах Пленуму Верховного Суду України і виконуються на практиці.

При цьому, кваліфікований або особливо кваліфікований вид злочину інкримінується в зв’язку з наявністю ознак, які “перекриваються” нормою, яка застосовується за сукупністю. В наведених вище прикладах підставою для застосування ч.4 ст.187 КК вважається заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, особливо кваліфікований вид зґвалтування визнається в зв’язку з констатацією наявності особливо тяжких наслідків.

Звісно, вчинення вбивства можливе лише через вплив на організм потерпілого і заподіяння йому тілесних ушкоджень, смерть поза всяким сумнівом виступає особливо тяжким наслідком. І з огляду на це, застосування норм про кваліфіковані види злочинів може здатися виправданим. Однак, як вже відзначалося, такі наслідки виходять за межі тяжких чи особливо тяжких - саме це і є підставою для кваліфікації за сукупністю.

Але не можна пройти і мимо того, що вказана шкода охоплюється при кваліфікації за статтями про більш тяжкі злочини. Це означає не що інше, як порушення принципу *non bis in idem.*

В літературі з цим зустрічаються пропозиції кваліфікувати скоєне лише за нормами, які передбачають відповідальність за більш тяжкі злочини. Мають місце відповідні рішення і в правозастовній діяльності Вони ґрунтуються на тому, що вбивство з корисливих мотивів охоплює собою і розбійний напад, в поєднане зі зґвалтуванням - саме зґвалтування. Помилковість такого підходу достатньо обґрунтована в літературі[[165]](#footnote-165) і навряд чи потрібно на цьому зупинятися спеціально.

Виходячи з викладеного видається, що при кримінально-правовій оцінці аналізованих посягань потрібно керуватися такими правилами:

*1) скоєне кваліфікується за нормами про простий вид злочину та за сукупністю за нормою про посягання, яке “виходить” за межі кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак;*

*2) норма про кваліфікований чи особливо кваліфікований вид злочину в сукупності з нормою про інший злочин має застосовуватися у випадку, коли наявні інші ознаки, з врахуванням яких диференційована відповідальність.*

Зокрема, вбивство в ході розбійного нападу слід кваліфікувати за ч.1 ст.187 КК та п.6 ч.2 ст.115 КК.

Якщо ж мають місце інші кваліфікуючі або особливо кваліфікуючі ознаки розбою (крім заподіяння тяжкого тілесного ушкодження), то скоєне кваліфікується за відповідною частиною ст.187 КК та нормою, яка передбачає відповідальність за вбивство з корисливих мотивів. Наприклад, вбивство в ході розбою, який вчинений з проникненням у житло, організованою групою та спрямований на заволодіння майном у великих розмірах, має кваліфікуватися за ч.4 ст.187, п.п. 6, 12 ч.2 ст.115 КК.

Кваліфікація у випадках, коли спеціальна норма не передбачає кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак, які передбачені в загальній нормі

В чинному КК зустрічається немало випадків, коли спеціальна норма не містить ознак, з використанням яких диференційована відповідальність за злочин, який передбачений загальною нормою. В зв’язку з цим виникає питання про те, яким чином при кваліфікації має бути врахована підвищена суспільна небезпека посягання, вчиненого при кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознаках.

Причому, незбалансованість санкцій загальної і спеціальної норм істотно загострює проблему. Бо ідея виділення спеціальної норми з метою посилення кримінальної відповідальності фактично перетворюється в свою протилежність - спеціальна норма по суті містить привілейований вид злочину. Прикладів спеціальних норм, які не містять відповідних ознак, притаманних загальній нормі, можна навести досить багато. Обмежимося двома.

Так, ст. 194 КК передбачає загальну норму про відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна, в частині другій цієї статті відповідальність за такий злочин посилюється з врахуванням способу вчинення злочину (шляхом підпалу, вибуху чи іншим загально небезпечним способом) або ж його наслідків (заподіяння майнової шкоди в особливо великих розмірах, загибелі людей чи інших тяжких наслідків). Поряд з цією загальною нормою КК передбачає і ряд спеціальних норм про відповідальність за знищення або пошкодження майна. Одна із них - встановлена в ст.411 “Умисне знищення або пошкодження військового майна” передбачає кваліфікуючі ознаки, які притаманні для складу злочину, встановленому загальною нормою. Хоча при цьому зовсім незрозумілою є позиції законодавця, який за такий злочин передбачив значно нижчий розмір санкції. Інша ж спеціальна норма - ст.178 КК “Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків” кваліфікованих видів не містить. Тому виникає питання про кваліфікацію пошкодження чи зруйнування релігійної споруди чи культового будинку, якщо таке посягання вчинене при наявності ознак, вказаних в ч.2 ст.194 КК.

Ще один приклад стосується перевищення влади або службових повноважень. В загальній нормі - ст.365 КК “Перевищення влади або службових повноважень” відповідальність диференційована з врахуванням ряду кваліфікуючих, особливо кваліфікуючих ознак. В той же час спеціальні види цього злочину, зокрема, передбачене ст.162 КК “Порушення недоторканності житла” виділені з врахуванням лише частини з таких ознак. До того ж щодо цих норм має місце неузгодженість санкцій за кваліфіковані види посягань. В зв’язку з цим важко однозначно вирішити питання кваліфікації незаконного проникнення до житла чи іншого володіння особи, незаконного проведення в них огляду чи обшуку, незаконного виселення чи інших дій, які порушують недоторканність житла громадян, якщо ці дії вчинені службовою особою із застосуванням насильства. Якщо кваліфікувати скоєне лише за ч.2 ст.162 КК - враховуючи, що нею передбачена спеціальна норма (щодо ст.365 КК), як кваліфікуючі ознаки виділене застосування насильства, то виявиться, що така кваліфікація “пільгова” для службової особи. Адже їй загрожує максимальне покарання у вигляді позбавлення волі строком від двох до п’яти років, а якби такої спеціальної норми (виділеної з метою посилення відповідальності службових осіб) не було, то за загальною нормою можна було б призначити позбавлення волі на строк від трьох до восьми років (за ч.2 ст.365 КК) або від семи до десяти (за ч.3 ст.365 КК) та додаткове покарання.

Звісно, що можливе покарання не повинно прийматися до уваги при кваліфікації скоєного. В основі кримінально-правової оцінки мають перебувати ознаки посягання, закріплені в диспозиціях кримінально-правових норм. Однак, так або інакше, але саме санкція виражає оцінку суспільної небезпеки злочину, яка дана законодавцем, і вона тисне на особу, яка здійснює правозастосування.

Щодо оцінки злочинів, передбачених такими спеціальними нормами, які не містять ознак, з врахуванням яких диференційована відповідальність у загальній нормі можливі такі підходи:

1) скоєне кваліфікується за загальною нормою з врахуванням наявності передбачених нею кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак складу злочину. Щодо першого з наведених вище прикладів, якщо знищення або пошкодження релігійних споруд здійснене шляхом підпалу, то була б застосована ч.2 ст.194 КК. Однак, в такому випадку ігнорується наявність спеціальної норми, відкидається позиція законодавця, який диференціював кримінальну відповідальність, порушується принцип точності кримінально-правової кваліфікації;

2) застосувати одночасно як спеціальну норму, так і загальну, з врахуванням наявності кваліфікуючих ознак, передбачених нею. Виходячи з такого підходу дії новітнього Герострата були б кваліфіковані за сукупністю ст.178 та ч.2 ст.194 КК. Недоліки такого підходу очевидні - штучно конструюється сукупність злочинів при вчиненні лише одного посягання; порушується правило відповідно до якого спеціальна і загальна норма не можуть одночасно застосовуватися щодо одного і того ж посягання;

3) кваліфікувати скоєне лише за спеціальною нормою. При цьому наявність кваліфікуючих ознак, передбачених спеціальною нормою, по суті, ігнорується. Для такої кваліфікації існує обґрунтування, яке навряд чи можна заперечити:

- пріоритет спеціальної норми над загальною при їх конкуренції є аксіомою;

- при визначенні співвідношення загальної і спеціальної норм їх санкції не повинні враховуватися. Помилки законодавця, якому не вдалося належно диференціювати відповідальність, аж ніяк не повинні впливати на становище особи, дії якої кваліфікуються;

- кваліфікуючі або особливо кваліфікуючі ознаки загальної норми в таких випадках не повинні і не можуть враховуватися. Адже це ознаки іншої норми, а не тієї, яка підлягає застосуванню.

В тому ж випадку, якщо кваліфікуючі ознаки, передбачені загальною нормою, становлять собою самостійні склади злочинів, скоєне слід кваліфікувати за сукупністю - за спеціальною нормою та за нормами, які передбачають такі злочини.

Так, якщо зруйнування релігійної споруди спричинило загибель людей, то скоєне повинно кваліфікуватися за сукупністю ст.178 та відповідної частини ст.119 КК. Якщо ж має місце вчинення цього злочину шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, або ж це потягло майнову шкоду в особливо великих розмірах чи інші тяжкі наслідки - то застосовується лише ст.178 КК, інші вказані обставини не відображаються у кваліфікації, їх наявність не впливає на посилення відповідальності за пошкодження чи зруйнування релігійних споруд чи культових будинків.

Таким чином можна сформулювати правила, відповідно яких:

1) *при відсутності в спеціальній нормі кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак, передбачених загальною нормою, скоєне все одно кваліфікується за спеціальною нормою, хоча б фактично вони й були наявні;*

2) *якщо такі ознаки становлять собою самостійні склади злочинів, то скоєне кваліфікується за сукупністю спеціальної норми та норм, які передбачають такі склади злочинів;*

3) *ознаки, які не передбачені як кваліфікуючі в спеціальній нормі і які не становлять собою самостійні склади злочинів кваліфікуючого значення не мають.*

# 9. Розмежування злочинів в ході кримінально-правової кваліфікації

Кримінально-правова кваліфікація передбачає встановлення того, який саме злочин вчинено, якою статтею (статтями) Особливої частини КК передбачена відповідальність за посягання. Констатація вказаних обставин водночас означає визнання того, що у скоєному немає ознак іншого злочину, що в даному випадку не повинна застосовуватися якась інша норма (норми) кримінального закону, що діяння не становить собою адміністративний проступок чи інше правопорушення. Таким чином, кримінально-правова кваліфікація нерозривно пов’язана з розмежуванням злочинів, як фактів дійсності, правових норм та диспозицій статей закону, в яких виражені ці норми, складів злочинів, що становлять собою теоретичні моделі певних посягань.

Розмежування складів злочинів не становить собою самостійної мети, яка постає в ході правозастосування, правотворчості, теоретичного дослідження правових норм та їх вивчення. Разом із тим, вказані види юридичної діяльності немислимі без здійснення розмежування злочинів та супутніх правових феноменів. Воно відіграє різноманітні функції, дозволяє глибше проникнути в суть проблем, які виникають в зв’язку з кримінально-правовою кваліфікацією.

Дослідження питань, які стосуються розмежування злочинів, можливо, не веде до прирощення знань в цій галузі, не дозволяє самостійно і остаточно вирішити будь-яку проблему кримінально-правової кваліфікації. Разом із тим, увага до різних аспектів розмежування дає можливість по новому поглянути на положення, які складають суть вчення про кримінально-правову кваліфікацію і стосуються кваліфікації діяння з врахуванням стадії вчинення посягання; кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті; кваліфікації множинності злочинів; кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм.

Важливо, що значна кількість помилок, допущених в ході кримінально-правової кваліфікації, обумовлена неправильним вирішенням питань розмежування злочинів - нерозумінням різниці між окремими кримінально караними посяганнями, невмінням обґрунтувати цю різницю в процесуальних документах, а тим самим і пояснити причини зміни кваліфікації.

## 9.1. Поняття і значення розмежування складів злочинів.

Значення розмежування явищ

Розмежування будь-яких явищ, предметів, процесів має різнопланове значення, відіграє свою роль і багатьох аспектах:

1) **гносеологічний, методологічний** аспект проблеми розмежування полягає в тому, що розмежування виступає інструментом пізнання природи об’єктів, які розмежовуються;

2) **дидактична** сторона розмежування полягає в тому, що це спрощує вивчення порівнюваних об’єктів. Відпадає потреба повторювати очевидні, вже відомі положення. Найдоступніше вивчати щось нове, невідоме, порівнюючи його з вде вивченим. Крім того, прийом порівняння дозволяє зосередитися на ключових елементах, які визначають суть явища;

3) **практичний бік** розмежування ефективний тим, що воно дає змогу перевірити правильність прийнятого рішення, попередити помилки або усунути їх.

Все це цілком і повністю поширюється і на кримінально-правову кваліфікацію. Розмежування, яке здійснюється в ході її проведення, є неодмінним атрибутом такої діяльності. За образним висловом В.Н.Кудрявцева, розмежування злочинів є зворотною стороною їх кваліфікації. Однак, розмежування при кваліфікації не зводиться до *розмежування злочинів,* його об’єкти значно різноманітніші.

Зміст розмежування злочинів

Розмежування будь-яких явищ, процесів, предметів включає в себе проведення наступних дій.

1. **Знаходження спільного -** того що об'єднує порівнювані об'єкти. Проблема розмежування виникає лише щодо споріднених - суміжних злочинів чи інших правопорушень, тобто таких, які співпадають за рядом своїх характерних рис. Певно ні в кого і ніколи не виникне потреби розмежовувати, наприклад, шпигунство і розбещення неповнолітніх - цілком несхожих між собою злочинів. В той же час існує проблема розмежування грабежу і розбою. В цілому ряді випадків кримінальний закон сам зобов'язує проводити розмежування між злочинами, передбачаючи відповідальність за певними статтями КК лише при відсутності ознак інших посягань.

2. **Виведення ознак, за якими порівнювані об'єкти відрізняються між собою**. Відомо, що злочини не можуть відрізнятися один від одного взагалі. Вони не схожі між собою за конкретними ознаками, як люди не схожі за віком, статтю, зростом, кольором волосся тощо.

3. **Встановлення, в чому же полягає відмінність у виявлених розмежувальних ознаках**. Такі ознаки мають бути співпадаючими за формою, але вони відрізняються за змістом та об'ємом. Наприклад, насильницький грабіж і розбій відрізняються за однією ознакою - способом заволодіння майном, який може полягати у застосуванні насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого або погрози застосування такого насильства чи в більш інтенсивному, небезпечному для життя чи здоров'я насильстві або погрозі такого насильства. Якщо розмежувальних ознак є кілька, то відмінність потрібно встановлювати стосовно кожної із них.

Розмежування складів злочину як один із етапів кримінально-правової кваліфікації

Третій етап стадії вибору правової норми полягає у розмежуванні юридичних конструкцій - складів діянь, які були створені у ході попереднього етапу. Насамперед, ця проблема виникає стосовно розмежування діянь, які відносяться до правопорушень. Воно відбувається, насамперед, по вертикалі, тобто між окремими галузями права. Крім того, розмежування проводиться і по горизонталі - між інститутами та нормами однієї галузі права. Здійснюється розмежування шляхом порівняння однойменних позитивних (тих, які потрібно встановити) або негативних (відсутність яких слід довести) ознак фактичного та юридичного складів правопорушень.

Врешті - решт можна сказати, що вибір норми здійснюється у ході розмежування правопорушень - шляхом послідовного "відкидання" тих ознак юридичного складу, які не відповідають виявленим ознакам фактичного складу правопорушення.

Значення ознак складів злочинів для їх розмежування

Роль ознак, за якими проводиться співставлення (порівняння, розмежування) злочинів відіграють ознаки складу злочину. Співпадіння ознак говорить про те, що порівнювані злочини є суміжними. Відмінність між окремими ознаками свідчить про те, що злочини відрізняються між собою. Ознаки складу злочину дозволяють також проводити відмежування злочинів від інших правопорушень.

Очевидно, що роль розмежувальних ознак можуть відігравати лише такі, які в різних злочинів відрізняються. До них відносяться, насамперед, предмет злочину і потерпілого, злочинне діяння та його наслідки, спосіб вчинення злочину, ознаки спеціального суб'єкта. Причому при розмежуванні злочинів, їх відмежуванні від інших правопорушень до уваги слід приймати ознаки, які прямо вказані в диспозиції правової норми, тобто є конституюючими ознаками злочину. В той же час ряд ознак складу злочину не можуть використовуватися при розмежуванні злочинів, бо в усіх таких посяганнях вони ідентичні. Так, неможливо провести розмежування за такими ознаками складу злочину, як загальний об'єкт (а при розмежуванні однорідних злочинів - і родовий об'єкт), причиновий зв'язок, осудність.

Тому важко погодитися з наведеним в літературі твердженням, що всі (В.Н.) ознаки складу злочину відіграють відмежувальну роль і призначені головним чином для цього. Кожна ознака злочину, описаного в законі, відокремлює певний злочин від інших, або відмежовує злочин від інших правопорушень [172,с.10]367). Певно таки, що кожна ознака злочину, описана в законі є конституюючою для нього, але не кожна відрізняє цей злочин від інших.

Ознаки складу злочину дозволяють не лише порівняти фактично вчинене діяння і кримінально-правову норму, довести що певна норма поширюється саме на дане діяння, але й розмежувати злочини між собою, встановити відмінність між злочином і відповідним адміністративним проступком, іншим правопорушенням. Це фактично можливо або через розмежувальні риси, або через їх розчленування на складові частини (елементи) та перерахування з наступним порівнянням і інтеграцією в єдине ціле [438,с.17]366). Тому вчення про ознаки складу злочину лежить і в основі розмежування суміжних посягань.

Конкуренція норм і розмежування

Уявляється, що питання про співвідношення конкуренції кримінально-правових норм із співвідношенням суміжних складів злочинів ставити не можна. Звичайно, ця проблема існує та потребує свого вирішення, але питання у цій ситуації треба ставити інакше - про співвідношення складів злочинів, що містяться в конкуруючих нормах та суміжних складах злочинів, або співвідношення норм, які містять суміжні склади злочинів із конкуренцією кримінально-правових норм.

Практичне значення встановлення відмінностей між проблемою конкуренції норм та проблемою розмежування суміжних складів злочинів, як зазначає К.С.Хахуліна, полягає в тому, що подолання конкуренції повинно здійснюватися за суворо визначеними, стійкими правилами. Ці правила не придатні для розмежування суміжних складів злочинів, оскільки норми, що їх містять, не конкурують. В цьому випадку все залежить тільки від фактичних обставин, встановлення в них ознак того чи іншого суміжного складу, з’ясування ознак, які відрізняють ці склади.[[166]](#footnote-166) Тобто, основне питання такого співвідношення треба ставити так: чи знаходяться норми, що містять суміжні склади злочинів у конкуренції, чи ні. При позитивній відповіді на питання в процесі кваліфікації треба застосовувати правила подолання конкуренції, при негативній - правила розмежування суміжних складів злочинів. Разом з тим треба мати на увазі, що у більшості правозастосовних ситуацій конкуренції між нормами із суміжними складами злочинів взагалі не може виникнути, оскільки теоретичне співвідношення їх ознак в конкретній практичній ситуації не може змінитися. Не можна, наприклад, викрасти один і той самий предмет таємно і відкрито, шляхом розбійного нападу та шахрайства, вбити одну і ту саму людину умисно і необережно і т.д. У всіх подібних випадках можна говорити лише про розмежування суміжних складів злочинів.

В науці кримінального права при розгляді питань конкуренції кримінально-правових норм прийнято вирішувати співвідношення цього правового явища із співвідношенням суміжних складів злочинів. Вперше у вітчизняній кримінально-правовій літературі поняття “суміжність складів” та їх відмежування від конкуренції кримінально-правових норм було описане В.Н.Кудрявцевим. Порівнюючи ці поняття, він зазначає, що кожен з суміжних складів має ознаку (чи ознаки), які відсутні в іншому, в той час, як при конкуренції тільки одна з норм наділена ознаками, що відсутні в іншій[[167]](#footnote-167).

Уявляється, що питання про співвідношення конкуренції кримінально-правових норм із співвідношенням суміжних складів злочинів ставити не можна. Звичайно, ця проблема існує та потребує свого вирішення, але питання у цій ситуації треба ставити інакше - про співвідношення складів злочинів, що містяться в конкуруючих нормах та суміжних складах злочинів, або співвідношення норм, які містять суміжні склади злочинів із конкуренцією кримінально-правових норм.

Практичне значення встановлення відмінностей між проблемою конкуренції норм та проблемою розмежування суміжних складів злочинів, як зазначає К.С.Хахуліна, полягає в тому, що подолання конкуренції повинно здійснюватися за суворо визначеними, стійкими правилами. Ці правила не придатні для розмежування суміжних складів злочинів, оскільки норми, що їх містять, не конкурують. В цьому випадку все залежить тільки від фактичних обставин, встановлення в них ознак того чи іншого суміжного складу, з’ясування ознак, які відрізняють ці склади 190.[[168]](#footnote-168) Тобто, основне питання такого співвідношення треба ставити так: чи знаходяться норми, що містять суміжні склади злочинів у конкуренції, чи ні. При позитивній відповіді на питання в процесі кваліфікації треба застосовувати правила подолання конкуренції, при негативній - правила розмежування суміжних складів злочинів. Разом з тим треба мати на увазі, що у більшості правозастосовних ситуацій конкуренції між нормами із суміжними складами злочинів взагалі не може виникнути, оскільки теоретичне співвідношення їх ознак в конкретній практичній ситуації не може змінитися. Не можна, наприклад, викрасти один і той самий предмет таємно і відкрито, шляхом розбійного нападу та шахрайства, вбити одну і ту саму людину умисно і необережно і т.д. У всіх подібних випадках можна говорити лише про розмежування суміжних складів злочинів.

Види розмежування, які здійснюються в ході кримінально-правової кваліфікації.

В ході кримінально-правової кваліфікації здійснюються такі основні види розмежування:

1) злочину та інших (менш небезпечних) правопорушень;

2) окремих видів злочинів між собою;

3) різних видів одного і того ж злочину, виділених за ступенем суспільної небезпеки.

Об’єктами ж розмежування виступають:

1) диспозиції статей КК;

2) склади злочинів;

3) фактичні обставини, які підлягають кримінально-правовій оцінці

## 9.3. Розмежування окремих складів злочинів

Розмежування окремих складів злочинів між собою

Розмежування різних складів злочинів полягає у:

1) **встановленні обов’язкових ознак основного складу злочину, за якими відрізняються два чи більше посягання**. Ця розмежувальна дія полягає у виясненні того, які ознаки складу злочину є обов’язковими для кожного із складів і їх “кількісному” порівнянні. Або, інакше кажучи, з’ясовуються, за якими саме не співпадаючими ознаками відрізняються склади злочинів, які розмежовуються. Наприклад при розмежуванні крадіжки (ст.185 КК) і заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч.2 ст.191 КК) потрібно виділити з диспозицій відповідних статей Особливої частини КК ознаки, з використанням яких сконструйовані законодавцем ці злочини:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Обов’язкові ознаки складу** | **Характерно для крадіжки (ст.185 КК)** | **Характерно для заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст.191 КК)** |
| Предмет | Чуже майно | Чуже майно |
| Діяння | Викрадення | Заволодіння |
| Спосіб | Таємно | Шляхом зловживання службовим становищем |
| Суб’єкт | - | Службова особа |

2) **у співставленні співпадаючих однойменних ознак**. При цьому відбувається порівняння одних і тих же ознак (наприклад, предмета, суб’єкта злочину) за змістом. Наприклад і в ст.185 КК і в ч.2 ст.191 КК предметом назване “чуже майно”. Однак, в складі крадіжки таким предметом може бути будь-яке майно, щодо якого винний не має а ні дійсного, а ні гаданого права власності, то в складі злочину, передбаченого ч.2 ст.185 КК предметом виступає майно, щодо якого винний має повноваження по оперативно-господарському управлінню.

Розмежування різних складів злочинів звичайно проводиться за кількома ознаками. Чим більше є розмежувальних ознак, тим чіткішим і більш очевидним є розмежування між ними. Як це може здійснюватися можна показати на прикладі розмежування грабежу, розбою і вимагання, яке проводиться:

- ***за предметом посягання***. Предметом грабежу і розбою виступає будь-яке чуже майно - річ. Предметом же вимагання є лише таке чуже майно, яке перебуває у віданні чи під охороною особи, яка піддана вимаганню, а також право на майно, вчинення будь-яких дій майнового характеру;

*-* ***за потерпілим***. Потерпілим від грабежу і розбою може бути будь-яка особа (яка перешкоджає доступу до майна, заволодінню ним, утриманню майна). Потерпілим же від вимагання можуть бути дві категорії осіб:

а) особа, у відданні чи під охороною якої перебуває майно, тобто та, яка наділена певними повноваженнями стосовно майна - предмета вимагання, або виконує щодо нього функції по охороні;

- близькі родичі особи, вказаної вище;

- ***за суспільно небезпечним діянням***. При скоєнні грабежу злочинець сам вилучає (викрадає) майно, при розбої також застосовується погроза з ціллю заволодіння майном всупереч волі потерпілого. Для вимагання ж характерним є отримання майна ніби-то по волі потерпілого, однак це волевиявлення не справжнє, а “спотворене”, є реакцією на дії вимагача, які полягають у вимозі передати майно під погрозою;

- ***за змістом погрози***. Грабіж і розбій вчиняються шляхом погрози лише фізичним насильством, тобто заподіянням шкоди організму потерпілого. При вимаганні погроза куди ширша, охоплює погрозу не лише фізичним насильством, але й обмеженням прав, свобод чи законних інтересів, знищенням або пошкодженням майна, розголошенням відомостей, які ганьблять потерпілого, ;

- ***за об’ємом погрози***. При грабежі має місце погроза насильством, не небезпечним для життя чи здоров’я, при розбої - погроза насильством, небезпечним для життя чи здоров’я особи. В складі ж вимагання об’єм погрози не конкретизований, тобто може мати місце погроза будь-яким насильством;

- ***за характером погрози***. При грабежі і розбої має місце погроза негайного застосування насильства, якщо вимоги грабіжника чи розбійника не будуть задоволені. При вимаганні погроза виступає засобом не подавлення волі потерпілого до можливого опору, а засобом впливу на волю особи, коли останній ніби-то надається можливість вибору - задовольнити майнові вимоги чи піддатися насильству. Тому при вчиненні вимагання погроза носить характер віддаленої, реалізація якої можлива лише в майбутньому.

- ***за метою застосування насильства***. При грабежі і розбої реальне насильство виступає способом вилучення майна чи його утримання, або способом отримання доступу до майна. При особливо кваліфікованому вимаганні (ч.3, 4 ст.189 КК) насильство виступає засобом залякування потерпілого заподіянням ще більшої шкоди, застосовується з метою підтвердити рішучість намірів вимагача.

Розмежування складів злочинів, виділених за ступенем суспільної небезпеки

Специфіка розмежування складів злочинів, виділених за ступенем суспільної небезпеки полягає в тому, що такі злочини співпадають за ознаками основного складу. Їх відмінність полягає в тому, наскільки інтенсивно виражені, масштабними є ці ознаки.

*Верхня межа простого виду злочину є нижньою межею кваліфікованого виду цього ж злочину.*

*Верхня межа кваліфікованого виду злочину є нижньою межею особливо кваліфікованого виду цього ж злочину.*

Вказані правила наглядно видно на прикладах розмежування між окремими видами розкрадання чужого майна, ухилення від сплати податків, ряду інших злочинів.

*Якщо кваліфікований (особливо кваліфікований)вид злочину має матеріальний склад, який виділений з врахуванням тяжкості наслідків, а простий вид цього ж складу злочину - формальний, то при відсутності наслідків і можливості їх настання діяння через малозначність не становить суспільної небезпеки.* Яскравим прикладом наведеного є норма про службове підроблення (ст.366 КК). Практика послідовно стоїть на тому, що безнаслідкове службове підроблення становить собою не злочин, а дисциплінарний проступок.

## 9.4. Відмежування злочинів від інших правопорушень

Необхідність відмежування злочинів від інших правопорушень

Поділ права та системи законодавства на окремі галузі має значення для правотворчості, відіграє велику роль в процесі підготовки правників. Разом із тим, в ході правозастосування не можна обмежуватися нормами лише однієї галузі, слід оцінювати скоєне, враховуючи всі нормативні акти, які входять в систему права.

Потреба в проведенні розмежування норм, передбачених різними галузями права обумовлена:

1) наявністю в різних галузях права норм, які регламентують схожі суспільні відносини і статей нормативно-правових актів, що характеризуються суміжними ознаками;

2) неприйнятністю ситуації, при якій одне і те ж діяння оцінюється як правопорушення, передбачене різними нормативно-правовими актами;

3) недопустимістю того, що особа відповідатиме за більш тяжкий вид правопорушення, ніж вчинено насправді;

4) необхідністю виключити можливість уникнути відповідальності за фактично вчинене і обмежитися відповідальністю за менш тяжке правопорушення.

Відмежування злочинів від цивільних деліктів

В ході правозастосування нерідко доводиться визначати, який вид правових відносин стає об’єктом правової оцінки - існують лише цивільно-правові відносини (у вирішення яких кримінально-правовими засобами втручатися неприпустимо), чи вчинено злочин і, отже, виникли кримінально-правові відносини. Як правило, це має місце у випадках заволодіння і розпорядження майном, при заподіянні майнової шкоди. Особливо складно проводити розмежування щодо відносин, які виникають в зв’язку з діяльність господарських товариств, використанні майна одним із співвласників. В таких випадках зустрічається необґрунтоване порушення кримінальних справ, безпідставне втручання держави в господарську діяльність суб’єктів підприємництва, цивільно-правові відносини між співвласниками. Не секрет, що при цьому нерідкі “замовні справи”, які порушуються в інтересах одного із учасників таких відносин, фактичне усунення конкурентів чи й партнерів по бізнесу від справ завдяки притягненню їх до кримінальної відповідальності, накладенні арешту на майно тощо.

При відмежуванні злочинів від цивільних деліктів важливо враховувати такі міркування:

1) невиконання чи неналежне виконання договірних зобов’язань не може оцінюватися як злочин;

2) кримінальна відповідальність може наставати тоді, коли встановлено, що цивільно-правова угода укладена без мети її виконання, маскує намір винного протиправно збагатитися за рахунок партнера. Причому, така мета існує ще до моменту кладення договору. Наприклад, отримання речей напрокат з метою звернути її на свою користь;

3) розпорядження своїм майном чи часткою в сумісній власності не становить злочину. Це, зокрема, стосується дій власника, який вилучає своє майно з володіння іншої особи (кримінальна відповідальність може наставати лише тоді, коли використовуються способи впливу на іншу особу, які заборонені КК, насамперед, насильство, погрози). Так само не становить собою злочину дії співвласника щодо майна, управління яким здійснюється спільно, яке не виділене, наприклад, перебуває в спільній сумісній власності подружжя;

4) кримінально-караними є протиправні дії щодо майна, співвласником якого є винний, але яке відокремлене від його власного (зокрема, це майно господарського товариства, кооперативу);

5) факт заподіяння майнової шкоди, якщо це водночас оцінюється як суспільно небезпечні наслідки злочину, повинен бути констатований власником чи уповноваженим ним органом. Неприпустимо визнавати наявність злочинних наслідків, при тому, що сам власник в установленому порядку не визнає, що йому заподіяна шкода. Наприклад, була порушена кримінальна справа проти виконавчого директора акціонерного товариства, який частину прибутку спрямував на надання спонсорської допомоги школі, лікарні, здійснив благоустрій прилеглої території (загальноміського скверу та вулиці). Встановлено, що цей директор дійсно вийшов за межі наданих йому повноважень, оскільки розподіл прибутку є прерогативою загальних зборів товариства. Однак, загальні збори, скликані вже після порушення кримінальної справи, не визнали дії свого директора неправильними, із запізненням, вже після фактичного виділення коштів, дали згоду на таке їх використання. Ревізійна комісія товариства також не констатувала наявність нецільового використання коштів, в річному звіті не було встановлено наявність збитків. При таких обставинах підстав для порушення кримінальної справи не було.

Слід зауважити, що у кримінальна відповідальність може поєднуватися з застосуванням заходів цивільно-правового характеру, в тому числі і з притягненням до цивільної відповідальності. Наприклад, у випадку розкрадання окремих видів майна його вартість відшкодовується в “кратному порядку”, крім того винний підлягає і кримінальній відповідальності. Інколи стверджують, що в такому випадку за одне порушення настає два види юридичної відповідальності. Видається, що це не так - в таких випадках має місце ідеальна сукупність злочину і цивільного делікту, тобто одним діянням вчиняються два правопорушення. За кожне із них настає юридична відповідальність різних видів, а “подвійної” відповідальності не виникає.

Параметри відмежування злочинів та інших правопорушень

Існує неписане правило, відповідно до якого *нижня межа злочину водночас є верхньою межею інших правопорушень*. Воно може бути засноване для тих випадків, коли ознакою складу злочину та відповідного правопорушення є наслідки, що мають кількісний вимір. Причому, в КК межа, при досягненні або перевищенні якої настає кримінальна відповідальність визначається по-різному:

1) шляхом визначення розміру наслідків в самому КК. Звичайно, це зроблено в примітках до статей Особливої частини КК, в яких роз’яснюється зміст понять, наведених в диспозиції цієї, деколи й інших статей КК;

2) через використання оціночних понять (типу “велика шкода”, “тяжкі наслідки”), в ході тлумачення яких визначаються кількісні характеристики, що є критеріями при визначенні змісту таких понять;

3) параметри настання наслідків в КК взагалі не конкретизовані.

Звісно, що найкращими в плані проведення відмежування злочинів від інших правопорушень є перший з названих способів конкретизації ознак складу злочину. Наприклад, в диспозиції ст.210 КК “Порушення законодавства про бюджетну систему України” передбачено, що відповідні дії тягнуть кримінальну відповідальність, якщо предметом цих діянь були бюджетні кошти у великих розмірах, а в примітці 2 до цієї статті роз’яснено, що великим розміром бюджетних коштів відповідно до статей 210, 211 цього Кодексу вважається сума, яка в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. З цього випливає, що незаконні дії щодо бюджетних коштів у меншому розмірі становлять собою не злочин, а адміністративне правопорушення, передбачене ст.16412 Кодексу про адміністративні правопорушення України.

Якщо ж кримінально-правова норма не має “відповідника” в адміністративному законодавстві, то можливі такі варіанти:

- діяння становить собою дисциплінарний проступок (якщо воно вчинене службовою особою);

- діяння не передбачене як правопорушення. Наприклад, необережне заподіяння легкого тілесного ушкодження не становить собою адміністративного чи якогось іншого правопорушення. В таких випадках за вчинене можуть бути засновані лише заходи громадського впливу.

Існують і інші параметри розмежування злочинів та інших правопорушень. Серед них, кількість вчинених діянь. Наприклад, ст.1811 Кодексу про адміністративні правопорушення України передбачає відповідальність за заняття проституцією вперше, або повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення, а за ст.303 КК відповідальність настає за систематичне заняття проституцією.

Кримінально-правова оцінка при міжгалузевій конкуренції норм

Міжгалузева конкуренція норм звичайно є наслідком недоліків законодавчої техніки, коли норми різних галузей законодавства викладаються так, що з диспозицій статей не можна вивести розмежувальних ознак. Одним із яскравих прикладів такої конкуренції є норми кримінального та адміністративного законодавства про відповідальність за незаконне перетинання державного кордону (курсивом виділені відмінності у формулюваннях статті КК):

|  |  |
| --- | --- |
| **Ст.2041 КпАП України “Незаконне перетинання державного кордону України”** | **Ст.331 КК “Незаконне перетинання державного кордону**” |
| Перетинання державного кордону України поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без встановлених документів чи дозволу відповідних органів державної влади - | Перетинання державного кордону України *будь-яким способом* поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунтах пропуску через державний кордон України, *але* без *відповідних* документів чи дозволу - |

Очевидно, що жодних змістовних відмінностей між наведеними нормами немає, скоєне в рівній мірі підпадає як під адміністративно-правову норму, так і під норму КК.

Видається, що при такій конкуренції слід керуватися принципом кримінально-правової кваліфікації, відповідно до якого всі сумніви, неясності, суперечності законодавства тлумачаться на користь особи, дії якої кваліфікуються і вбачати в скоєному не злочин, а адміністративний проступок.

Аналогічно пропонується діяти і в тих випадках, де має місце “перехрещення” дій кримінальної та адміністративно-правової норм в зв’язку з тим, що не визначена нижня межа, починаючи з якої настає кримінальна відповідальність. Це, зокрема має місце у випадку дрібного розкрадання державного або колективного майна. Якщо воно вчинене при ознаках, визначених в ст.51 КпАП України, то має місце адміністративний проступок, а не злочин, передбачений ч.1 ст.185, ч.1 ст.190, ч.1,2 ст.191 КК.

# 10. Кваліфікація діянь, вчинених за обставин, що усувають їх злочинність

Питання про необхідність кримінально-правової оцінки скоєного виникає тоді, коли вчиняється діяння, яке формально передбачене кримінальним законом, заподіяні об’єктивно суспільно небезпечні наслідки (смерть чи тілесні ушкодження, майнова шкода тощо). Результатом оцінки, як вже відзначалося при визначенні поняття кримінально-правової кваліфікації, може бути констатація того, що:

- має місце злочин;

-у посяганні відсутні всі ознаки складу злочину;

- діяння через малозначність не становить суспільної небезпеки;

- діяння вчинено при обставинах, які визначені законом як такі, усувають його злочинність.

Таким чином, далеко не завжди кваліфікація скоєного приводить до висновку про наявність злочину. В кримінальному праві передбачено цілий інститут обставин, при яких вчинене діяння вже на момент його виконання не може визнаватися злочинним, його наслідки не визнаються наслідками злочину, вчинене не тягне кримінальну відповідальність.

При цьому особливе місце займають передбачені КК обставини, при наявності яких діяння, зовнішньо, за своїми видимими, об’єктивними ознаками подібне на злочин, ним не вважається, більш того, з точки зору закону і суспільної моралі оцінюється як суспільно корисне, таке, що відповідає інтересам особи, суспільства і держави.

Кваліфікація скоєного в таких випадках передбачає врахування більш широкого кола підстав, вимагає проведення додаткових (порівняно з кваліфікацією злочину) операцій, має більш різноманітні наслідки, ніж при кваліфікації злочину.

На практиці з питаннями застосування обставин, які виключають злочинність діяння, доводиться зустрічатися досить часто. Це, зокрема, пояснюється тим, що на наявність таких обставин посилаються особи, які притягаються до кримінальної відповідальності з метою уникнути цього. В той же час, ряд питань кваліфікації діянь, вчинених при обставинах, які усувають їх злочинність, вирішуються неоднозначно. Багато в чому це викликано тим, що поряд з видами таких обставин, які традиційно регламентуються кримінальним законодавством, в КК 2001 р. з’явилися і нові, які раніше виділялися лише в теорії кримінального права (виконання наказу або розпорядження, діяння, пов’язані з ризиком тощо). В літературі ж відповідні положення поки що або аналізуються поверхово, або ж взагалі не розглядаються. З багатьох питань в теорії кримінального права не досягнуто єдності поглядів.

Вказані обставини і обумовлюють актуальність спеціального дослідження питань, які стосуються кримінально-правової кваліфікації діянь, вчинених при обставинах, що виключають їх злочинність.

## 10.1. Поняття та види обставин, які усувають злочинність діяння та загальні положення кваліфікації діянь, вчинених при таких обставинах

Поняття обставин, які усувають злочинність діяння

Найбільш авторитетний в Україні дослідник цієї проблеми проф. Ю.В.Баулін пропонує таке визначення обставин, що усувають злочинність діяння - *це передбачені КК, а також іншими законодавчими актами зовнішньо схожі зі злочинами суспільно корисні (соціально прийнятні) і правомірні вчинки, які здійснені за наявності певних підстав і виключають злочинність діяння, а тим самими і кримінальну відповідальність особи за заподіяну шкоду[[169]](#footnote-169)*.

Приймаючи в цілому таке визначення, все ж спробуємо його конкретизувати. Насамперед, уточнення вимагається по таких моментах:

1) якими ще законодавчими актами (крім КК) можуть бути передбачені обставини, які усувають злочинність діяння;

2) в чому виражається “зовнішня схожість зі злочинами”, зокрема, чи поширюється вона на схожість суб’єктивної сторони;

3) наскільки допустимо вважати окремі види обставин, які усувають злочинність діяння суспільно корисними чи навіть соціально прийнятними.

Нормативні акти, якими передбачені аналізовані обставини

Іншими, крім КК, законами такі обставини не передбачаються і, як видається, не можуть бути передбачені. Відповідні положення законів “Про міліцію”, “Про оперативно-розшукову діяльність” та ін. не встановлюють обставин, що виключають злочинність діяння, і не можуть їх встановлювати. Якщо визначення злочинності і караності - прерогатива КК, то й підстави для невизнання діянь злочинами можуть бути лише в КК чи в нормативно-правових актах вищого рівня. “Інші законодавчі акти” можуть лише конкретизувати норми КК, а не встановлювати самостійних положень. Тому обставини, які виключають злочинність встановлюються в таких актах, як:

- КК;

- Конституція;

- міжнародно-правові договори, ратифіковані Україною.

Якщо ж інші (не кримінально правові акти), передбачають правомірність відповідної поведінки, то слід шукати в КК положення, під які “підпадають” обставини, з врахуванням яких певні діяння не визнаються злочинами. Разом із тим, доводиться констатувати, що

Схожість злочинів і діянь, вчинених за обставин, які усувають злочинність діяння

Схожість злочинів і діянь, вчинених за обставин, які усувають злочинність діяння виявляється лише за їх зовнішніми ознаками - ознаками ознаками об’єктивної сторони. Насамперед, вона виявляється у заподіянні шкоди, яка водночас виступає наслідками відповідних злочинів.

В той же час, при вчиненні аналізованих діянь:

- не порушується об’єкт кримінально-правової охорони. Адже заподіянна шкода не виступає суспільно-небезпечними наслідками. Відповідні ж суспільні відносини не порушуються, а, інші об’єкти, навпаки, охороняються завдяки заподіянню шкоди в ході вчинення діянь, вчинених при обставинах, які усувають їх злочинність;

- відсутня вина. Вина виражає негативне ставлення суб'єкта злочину до охоронюваних соціальних цінностей, усвідомлення суспільно-небезпечного характеру свого діяння (при умислі), оцінку заподіюваних або можливих наслідків як суспільно небезпечних. Якщо ж діяння, вчиняється за обставин, що усувають їх злочинність, то особа переконана в правомірності і суспільній корисності (чи, принаймні, допустимості) заподіяння шкоди, не оцінює свою поведінку як протиправну і суспільно небезпечну.

В цілому викладене підтверджує зроблений вище висновок про те, що діяння, вчинені при обставинах, які виключають злочинність діяння, характеризуються відсутність усіх ознак складу злочину. За умови відсутності в КК окремих норм, які регламентують виключення злочинності діяння (розділ УІІІ Загальної частини КК), скоєне слід було б оцінювати як незлочинне діяння, а його “не злочинність” базується на відсутності обов’язкових ознак складу злочину - тих, які відносяться до об’єкта та суб’єктивної сторони складу злочину.

Оскільки законодавець виділяє такого роду “відсутність складу злочину” в окремий інститут кримінального права (зокрема, з метою акцентувати увагу на правомірності заподіяння шкоди при певних обставинах спростити), то це має враховуватися при кримінально-правовій кваліфікації. Застосуватися має не загальна норма, яка передбачає відсутність складу злочину, як обставину, яка виключає провадження у кримінальній справі, а спеціальні - ті, що регламентують окремі види обставин, які виключають злочинність діяння. І, навпаки, при відсутності спеціальної норми про конкретну обставину, яка виключає злочинність діяння, повинна застосовуватися вказана загальна норма.

З викладеного випливає *важливий висновок, який має значення для кваліфікації діянь, вчинених при наявності обставин, які виключають злочинність діяння, однак прямо не передбачені в КК[[170]](#footnote-170) - вони повинні оцінюватися як діяння, вчинені при відсутності усіх ознак складу злочину.*

Соціальна корисність (соціальна прийнятність) окремих обставин, які усувають злочинність діяння

В літературі висловлюється думка, що заподіяння шкоди при аналізованих обставинах є правомірним, більш того, як правило, корисним для суспільства[[171]](#footnote-171).

Погодитися з цим важко, принаймні при оцінці таких випадків, як:

- уявна оборона (оборона від уявного посягання);

- крайня необхідність при співрозмірності заподіяної і усунутої шкоди;

- виконання наказу або розпорядження.

Тому більш прийнятною є позиція, згідно якої вчинення діянь та заподіяння шкоди при обставинах, які усувають їх злочинність в одних випадках є соціально сприйнятним, допустимим, а лише в інших - соціально корисним.

Види обставин, які виключають злочинність діяння

В теорії кримінального права висловлюється думка, що коло обставин, які виключають злочинність діяння включає в себе:

1) обставини, передбачені розділом УІІІ Загальної частини КК “Обставини, що виключають злочинність діяння”;

2) обставини, що передбачені статтями Особливої частини КК і стосуються якогось одного виду злочину[[172]](#footnote-172).

Розвиваючи ці положення, їх автор - проф. Ю.В.Баулін 21 листопада 2001 р. на засіданні круглого столу “Проблеми реалізації нового кримінального кодексу України” (м.Київ, Інститут держави і права НАН України ім.В.М.Корецького) висловив думку, що в КК є більш широкий інститут обставин, що виключають злочинність діяння. До них, крім тих, які передбачені нормами розділу УІІІ Особливої частини КК, на думку цього вченого, слід віднести ще й заподіяння шкоди внаслідок казусу, особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, малозначність та ряд інших, конкретно ним не названих[[173]](#footnote-173).

В цілому підхід правильний. Але казус, неосудність, недосягнення віку з якого може наставати кримінальна відповідальність, відносити до цієї групи навряд чи правильно - у вказаних випадках має місце відсутність складу злочину.

Класифікація обставин, які усувають злочинність діяння

Для розкриття питання про поняття та види обставин, які усувають злочинність діяння, важливо провести їх класифікацію, що в свою чергу передбачає виділення критеріїв поділу таких обставин. Видається, що теоретичне та практичне значення має виділення аналізованих обставин за такими за такими підставами:

1) **де вони передбачені.** За цією підставиою можуть бути виділені обставини, які передбачені:

- Кримінальним кодексом України;

- Конституцією України;

- міжнародно-правовими актами

**2)за соціальною оцінкою** виділяються діяння:

- суспільно корисні;

- допустимі;

**3) за зв’язком відповідних дінь з поведінкою інших осіб%**

***-*** пов’язані зі злочинною поведінкою інших осіб;

- не пов’язанеі зі злочинною поведінкою інших осіб.

- пов’язані чи не пов’язані зі злочинною поведінкою інших осіб.

Етапи кваліфікації діянь, вчинених за обставин, які усувають їх злочинність

Є.В.Благов відзначав, що кваліфікація діянь, які виключають кримінальну відповідальність, повинна проходити у два етапи. На першому встановлюється, чи передбачене це діяння кримінальним законом. Якщо не передбачене, то і виключати кримінальну відповідальність немає змісту. На другому ж етапі встановлюється відсутність в діянні суспільної небезпеки[[174]](#footnote-174). Погоджуючись з тим, що кваліфікація діянь, вчинених при обставинах, які виключають злочинність діяння, здійснюється в кілька етапів, все ж обґрунтуємо думку, що таких етапів є більше.

Адже кваліфікація аналізованих діянь має певні особливості. Вони обумовлені, зокрема тим, що:

- здійснюється кримінально-правова оцінка поведінки інших осіб, яка викликала вчинення діяння. Причому, в певних випадках констатується, що така поведінка, принаймні за зовнішніми ознаками, є злочинною (при необхідній обороні та затриманні злочинця);

- проводиться оцінка шкоди, заподіяної в результаті вчинення діяння, при обставинах, які усувають їх злочинність, тобто, констатується, що заподіяна шкода за загальним правилом становить собою ознаку певного злочину;

- визначається наявність або ж відсутність передбачених законом ознак, характерних для конкретної підстави, яка усуває злочинність діяння;

- результатом оцінки є висновок про те, що поведінка особи була правомірною, або ж, що діяння вчинене при відсутності обставин, які усувають його злочинність;

- здійснюється оцінка діяння, яке заподіяло шкоду, що перевищує допустиму.

В цілому можна зробити висновок, що кваліфікація діяння, вчиненого при обставинах, які усувають його злочинність складається з кримінально-правової оцінки:

1) підстав, наявність яких обумовлює право особи на відповідну поведінку (на заподіяння шкоди);

2) заподіяної шкоди;

3) діяння, яке визнається вчиненим при обставині, що усуває його злочинність

## 10. 2. Кваліфікація діянь, вчинених за наявності окремих видів обставин, передбачених розділом УІІІ Загальної частини КК

Застосування відповідних інститутів Загальної частини кримінального права України передбачає вирішення питань кваліфікації і за нормами Особливої частини. Констатація того, що має місце необхідна оборона, крайня необхідність чи затримання злочинця можлива лише після того, як буде встановлено наявність формальних ознак певного злочину, передбаченого конкретною нормою Особливої частини кримінального законодавства. Для необхідної оборони та затримання злочинця - це ознаки злочинів проти особи - вбивства, заподіяння тілесних ушкоджень, незаконного позбавлення волі. Для крайньої необхідності - крім вказаних наслідків, це також знищення чи пошкодження майна.

Відсутність у скоєному ознак будь-якого злочину, чи малозначність посягання виключає саму постановку питання як про необхідність застосування кримінально-правових заходів, так і про наявність обставин, що усувають злочинність діяння. Саме тому і є підстави виділяти цей етап кваліфікації як окремий.

Важливо відзначити, що дії осіб, які заподіяли шкоду при обставинах, що усувають злочинність діяння, кваліфікуються відповідними працівниками правоохоронних органів. Дії ж, що виступають підставою для необхідної оборони, крайньої необхідності, затримання злочинця, як суспільно небезпечні повинні оцінити самі особи, які правомірно заподіюють шкоду.

[Паше-Озерский Н.Н. Юридическая квалификация дейстивй по задержанию преступника // Ученые записки (Ростовский гос. ун-т). Труды юридичнского факультета, т. 59. - Ростов-на-Дону, 1957. Вып.3]

## 10.3. Кваліфікація діянь, вчинених за наявності обставин, що виключають злочинність, передбачених Особливою частиною КК

Регламентація обставин, що виключають злочинність діяння, в Особливій частині КК

Обставини, що виключають злочинність діяння, передбачені як в Загальній, так і в Особливій частині кримінального законодавства. Причому, в Загальній частині КК встановлені ті із них, які поширюються на всі злочини. Норми ж Особливої частини регламентують обставини, які стосуються звільнення від кримінальної відповідальності лише щодо окремих видів посягань. Причому, такі обставини передбачені тими ж нормами, які встановлюють ознаки злочинів, щодо яких передбачене звільнення від кримінальної відповідальності. Це зроблено в диспозиціях тих же статей чи частин статей, в яких сформульовані ознаки відповідних злочинів, або у окремих частинах статей.

Види обставин, що виключають злочинність, передбачених Особливою частиною КК

Норми Особливою частиною КК, які містять обставини, що виключають злочинність діяння, є, принаймні, двох видів:

1) які вказують на відсутність певних ознак складу злочину. Такі норми “вплетені” в диспозиції забороняючих норм, сформульовані як обмежувальні умови, не виділені в окремі частини статті КК. Вони стосуються конкретизації, своєрідного “нагадування” про інститути Загальної частини КК, при наявності яких діяння не визнається злочином:

- залишення в небезпеці, *якщо матір перебувала в обумовленому пологами стані* (ч. 2 ст.135 КК);

- самовільне, *без нагальної потреби* зупинення поїзда (ст. 283 КК)

- здійснене *внаслідок крайньої потреби* скидання в межах внутрішніх морських і територіальних вод України або у відкритому морі шкідливих речовин і сумішей, що містять такі речовини, інших відходів (ч. 3 ст.243 КК).

2) виключні - що передбачають незастосування окремих норм щодо певних категорій осіб. Вони в усіх випадках передбачені окремими частинами тих же статей КК, в яких передбачена відповідальність за певні дії:

- використання права притулку (ч. 4 ст.331 КК);

- відмова давати показання проти себе, членів сім’ї чи близьких родичів (ч. 2 ст.385 КК);

- приховування злочину близьких осіб (ч. 2 ст.396 КК);

## 10.4. Кваліфікація діянь, вчинених за наявності обставин, які усувають злочинність діяння, передбачених Конституцією України, міжнародно-правовими актами. та “некримінальними” нормативно-правовими актами України.

Види обставин, що усувають злочинність діяння, передбачені Конституцією України

Конституція України та міжнародно-правові акти прямо не передбачають оставини, які усувають злочинність діяння. Разом із тим, цілий ряд конституційних положень дає підставу тлумачити їх як такі, що виключають злочинність окремих діянь, передбачених Особливою частиною КК.

**Таблиця: Конституційні положення, з яких випливає усунення злочинності окремих видів діянь, передбачених Особливою частиною КК**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття Конституції України** | **Положення, з врахуванням якого усувається злочинність діяння** | **Стаття КК та передбачене нею діяння, злочинність якого усувається відповідно до положень Конституції** |
| Частина 2 ст.25 | Громадянин України не може бути вигнаний за межі України або виданий іноземній державі | Ст.331 - перетинання державного кордону громадянином України, який повертається на батьківщину без встановленого документа |
| Частина 2 ст26 | Іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом | Ст.331 - незаконне перетинання державного кордону для використання права притулку |
| Частина2 ст.35 | У разі, якщо виконання військового обов’язку суперечить релігійним переконанням громадянина, виконання цього обов’язку має бути замінене альтернативною (невійськовою) службою | Ст.335 - ухилення від призову на строкову військову службу  Ст.336 - ухилення від призову за мобілізацією  Частина 2 ст.337 - ухилення від навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів |
| Частина 1 ст.39 | Громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, походи, і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування | Ст.293 - участь рядових учасників в групових діях, що призвели до грубого порушення громадського порядку  Ст.293 - участь рядових учасників у масових заворушеннях |
| Частина 1,2 ст.42 | Кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом.  Підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування обмежується законом | Ст.203 - заняття підприємницькою діяльність, щодо якої немає заборон, встановлених законом;  Ст.203 - заняття підприємницькою діяльністю особам, щодо яких в законі встановлені обмеження |
| Частина 3 ст.42 | Не допускається зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірна обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Види і меді монополії визначаються законом | Ст.228 - примушування до антиконкурентних узгоджених дій, які прямо не передбачені законом про захист економічної конкуренції |
| Частина 4 ст.44 | Заборона страйку можлива лише на підставі закону | Ст.174 - перешкоджання участі у страйку шляхом інших незаконних дій, якщо їх протиправність прямо не визначена законом |
| Частина 2 ст.51 | Батьки зобов’язані утримувати дітей до їх повноліття | Ст.164 - злісне ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліменти), за умови досягнення дітьми повноліття |
| Частина 2 ст.53 | Громадянам, які належать до національних меншин, відповідно до закону гарантується право на навчання рідною мовою чи на вивчення рідної мови у державних і комунальних навчальних закладах | Ст. 161 - ненадання права представникам національних меншин на навчання рідною мовою у приватних закладах освіти |
| Частина 2 ст.57 | Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов’язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними | Загальне положення - не може визнаватися злочином порушення обов’язків, якщо такі обов’язки належно не доведені до населення |
| Частина 1 ст.60 | Ніхто не зобов’язаний виконувати явно злочинні розпорядження або накази | Ст.402 - відкрита відмова виконати явно злочинний наказ начальника  Ст.403 - невиконання явно злочинного наказу |
| Частина 1 ст.61 | Ніхто не може бути двічі притягнутий до кримінальної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення | Ст. 382 - невиконання судового рішення, якщо воно вже було виконане раніше  Ст.389 - ухилення від покарання, не пов’язаного з позбавленням волі, якщо це покарання вже було виконане раніше  Ст.390 - ухилення від покарання, у виді обмеження волі або у виді позбавлення волі, якщо це покарання вже було виконане раніше |
| Частина 1 ст.63 | Особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім’ї або близьких родичів, коло яких визначається законом | Ст.385 КК - відмова свідка давати показання або пояснення щодо себе, членів сім’ї або близьких родичів, коло яких визначається законом |
| Частина 1 ст.67 | Кожен зобов’язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом | Ст.212 КК - ухилення від сплати платежів, порядок і розмір сплати яких визначений не законом, а іншим актом (зокрема, роз’ясненнями податкових органів) |
| Стаття 71 | Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права | Ст.157 - перешкоджання здійсненню виборчого права, якщо вибори не проводяться відповідно до закону  Ст.159 - порушення таємниці голосування під час проведення виборів, не передбачених законом |
| Ст.74 | Не допускається проведення референдуму з питань податків, бюджету та амністії | Ст. 160 - порушення законодавства про референдум, якщо він проводиться з питань, заборонених Конституцією |
|  |  |  |

# 11. Кваліфікація посткримінальної поведінки

Одним із специфічних інститутів кримінального права є норми, які стосуються поведінки особи після вчинення злочину, або як ще її називають - посткримінальної поведінки. На перший погляд видається, що така поведінка не має кримінально-правового значення - адже оцінці підлягає не те, що було після закінчення злочину, а в ході його вчинення. Однак, більш детальний аналіз показує, що це далеко не так. В цілому ряду випадків посткримінальна поведінка сама підлягає кримінально-правовій кваліфікації. Вона тягне для особи, дії якої кваліфікуються як позитивні, так і негативні наслідки.

Чинний КК істотно збільшив (порівняно з КК України 1960 р.) коло випадків, коли посткримінальна поведінка враховується при кваліфікації дій особи, яка вчинила злочин. Досить сказати, що більш ніж вдвічі збільшилося кількість норм, які регламентують звільнення особи від кримінальної відповідальності в зв’язку з позитивною посткримінальною поведінкою. Разом із тим, законодавча регламентація посткримінальної поведінки в КК далеко не завжди досконала, що утруднює застосування відповідних кримінально-правових норм, визначення їх співвідношення з суміжними.

Доводиться констатувати, що в слідчо-прокурорській і судовій практиці питання застосування норм, які регламентують пост кримінальну поведінку, вирішуються неоднозначно, при цьому допускається немало помилок. Роз’яснення ж пленуму Верховного Суду України існують лише щодо окремих питань (зокрема, звільнення від кримінальної відповідальності в зв’язку з позитивною пост кримінальною поведінкою при даванні хабара).

Разом із тим, відповідні положення в теорії кримінального права по суті не висвітлювалися. Принаймні, відсутні монографічні публікації, немає завершених дисертаційних досліджень.

Тому аналіз питань кваліфікації посткримінальної поведінки становить теоретичний і практичний інтерес, хоча пов’язаний з певними труднощами.

## 11.1 Кваліфікуюче значення поведінки винного після закінчення злочину

Як вже відзначалося, поширеною є думка, згідно з якою поведінка особи після завершення злочину не впливає на кваліфікацію скоєного. Однак, більш детальний аналіз показує, що це правильно лише для окремих видів такої поведінки.

Оцінюючи поведінку особи після закінчення злочину, можна прийти до висновку, що вона може бути різна за своїми правовим значенням:

1) бути індиферентною для кримінального права;

2) характеризувати вчинений раніше злочин - підтверджувати мету, свідчити про мотиви дій винного;

3) вести до “перетворення” простого виду злочину в кваліфікований, простого чи кваліфікованого в особливо кваліфікований;

4) становити собою склад іншого злочину;

5) мати ознаки позитивної посткримінальної поведінки.

Посткриміналь-на поведінка, яка не враховується при кваліфікації

У більшості випадків, поведінка винного після вчинення злочину ніяк не впливає на правову оцінку діянь особи - вона не враховується при оцінці попередніх дій, і не становить собою самостійного злочину. Так, не впливає на кваліфікацію знищення раніше викраденого майна, вчинене з метою уникнути відповідальності за злочин, розчленування трупа з метою приховання вбивства, те чи інше використання одержаного хабара тощо. Дії такого роду є індиферентними для кримінального права, як правило, тоді, коли вони вчинені щодо предмета, потерпілого, які вже виступали ознаками відповідних злочинів. Повторне урахування цих ознак і кваліфікація відповідних діянь як інших злочинів, суперечило б принципу недопустимості подвійного інкримінування одних і тих же посягань.

Посткриміналь-на поведінка, яка враховується при оцінці раніше вчинених діянь

Положення про те, що діяння, вчинене після закінчення злочину, може впливати на його кваліфікацію, на перший погляд видається абсурдним. Однак, у ряді випадків, наступна поведінка особи характеризує суб'єктивну сторону попередніх дій. Відомо, що юридичне і фактичне закінчення злочину може не співпадати. Кваліфікація скоєного здійснюється тоді, коли відомі як діяння винного, які мали місце до юридичного закінчення злочину, так і дії чи бездіяльність після його закінчення. Тому було б неправильно при оцінці посягання враховувати лише частину поведінки винного. На це орієнтують і вищі судові органи. Так, Пленум Верховного Суду колишнього СРСР у постанові від 27 червня 1975 р. №4 "Про судову практику в справах про умисне вбивство" вказав, що про наявність особливої жорстокості умисного вбивства може, зокрема, свідчити глумління над трупом[[175]](#footnote-175). Чинною постановою Пленуму Верховного Суду України від 1 квітня 1994 р.№1 "Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини" це положення не заперечується, оскільки у ч.4 пункту 13 вказано, що не можуть вважатися як вбивство з особливою жорстокістю знищення або розтин трупу з метою приховання вбивства[[176]](#footnote-176). При відмежуванні умисного тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок якого сталася смерть потерпілого від вбивства, а також замаху на вбивство від умисного тяжкого тілесного ушкодження у слідчо-прокурорській і судовій практиці враховують поведінку винного після вчинення злочину. Так, змінюючи кваліфікацію дій Л. з ст. 17 та 94 КК на ст.101 ч.1 КК України 1960 р., судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду України вказала: "...покази Л. про відсутність у нього умислу на вбивство дружини знаходять своє підтвердження в його поведінці одразу ж після нанесення потерпілій ножових поранень. Як видно з показів потерпілої Лв., Л. на місці злочину виявив особливу стурбованість станом її здоров'я й сам викликав їй швидку медичну допомогу"[[177]](#footnote-177). Хрестоматійним є неодноразово описаний у літературі випадок, коли негайна передача вилученого державного майна іншій державній установі прийнято до уваги як обставина, що підтверджує відсутність корисливих мотивів, у зв'язку з чим скоєне не було визнане розкраданням державного майна.

Посткриміналь-на поведінка, яка “перетворює” вчинений злочин у більш небезпечний його вид

В цілому ряді статей Особливої частини КК як кваліфікуюча чи особливо кваліфікуюча ознака злочину передбачено настання наслідків, при цьому простий склад цього ж злочину є формальним. При цьому наслідки настають не самі по собі, а завдяки певній поведінці винного.

Типовим прикладом є шахрайство з фінансовими ресурсами (ст.222 КК). Посягання, передбачене ч.1 ст.222 КК є закінченим з моменту подання завідомо неправдивої інформації органу, який приймає рішення про надання фінансових ресурсів. Завдання ж великої матеріальної шкоди (ч.2 ст.222 КК) передбачає, принаймні, отримання грошових коштів чи ресурсів у натуральній формі. Таким чином, кваліфікований вид шахрайства з фінансовими ресурсами передбачає після виконання простого складу даного злочину ще вчинення відповідних діянь і настання наслідків.

В такому видадку діяння, які описані в диспозиції частини першої відповідної статті КК становлять собою закінчене посягання. Однак окремо вони не кваліфікуються. Посткримінальна поведінка свідчить про те, що особа продовжує реалізацію свого посягання. Скоєне має оцінюватися в цілому, враховуючи стадію, яка досягнута внаслідок вчинення дій, які виходять за межі простого складу злочину. Тобто:

*- якщо настали наслідки, з врахуванням яких даний злочин оцінюється як кваліфікований, то має місце закінчений злочин;*

*- коли ж наслідки не настали, то скоєне кваліфікується як відповідний незакінчений злочин - його кваліфікований склад. При цьому посягання, передбачене нормою про простий склад злочину окремо не кваліфікується як замах на кваліфікований вид цього ж злочину.*

Посткриміналь-на поведінка, яка становить собою інший злочин

Діяння, вчинені після закінчення певного посягання, кваліфікуються самостійно. Вони утворюють собою склад іншого злочину тоді, коли не є продовженням попередньої поведінки яка відображена у кваліфікації. Звичайно це пов'язано з заподіянням шкоди іншому потерпілому, вчинення діяння щодо іншого предмета тощо. Характерно, що такі діяння не є продовженням реалізації умислу, який раніше виник, тобто вина стосовно нового злочину виникає самостійно. Тому, наприклад, опір з насильством , вчинений при затриманні особою, яка вчинила закінчену втечу з місць позбавлення волі кваліфікується не за ч.2 ст.393 КК, а за сукупністю відповідних норм - як втеча з місць позбавлення волі (ч.1 або 2 ст.393 КК) та, в залежності від конкретних обставин, за ст.ст.342, 350 КК.

## 11.2. Позитивна посткримінальна поведінка в системі інститутів кримінального права України

Поняття позитивної посткримінальної поведінки

Поняття позитивної посткримінальної поведінки можна вивести, насамперед, із семантичного значення відповідного терміна, а також, виходячи зі змісту правових норм, які утворюють даний кримінально-правовий інститут. Його аналіз показує, що для нього характерно:

1) **вчинення закінченого злочину** (“кримінальної поведінки”). При цьому особа може виступати як виконавець злочину, а в ряді випадків - бути іншим співучасником;

2) **такий злочин відноситься законодавцем до тих, правові наслідки яких погашаються наступною поведінкою особи** - позитивна пост кримінальна поведінка має кримінально-правове значення щодо доволі обмеженого кола злочинів, визначеного законодавцем в Особливій частині КК;

3) **виконання особою, яка вчинила злочин, чітко визначених в КК дій**, які оцінюються як позитивна - бажана з точки зору інтересів держави і суспільства поведінка;

4) **заохочення особи, яка вчинила певний злочин до відповідної поведінки застосуванням звільнення від кримінальної відповідальності**. Причому, звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених Особливою частиною КК є обов’язком, а не правом правозастостосовних органів.

Позитивна пост кримінальна поведінка і суміжні кримінально-

правові інститути

Встановлення ознак позитивної пост кримінальної поведінки повинно поєднуватися з відмежуванням цього кримінально-правового інститут від суміжних - дієвого каяття та добровільної відмови від вчинення злочину. Лише констатувавши, що скоєне не підлягає кваліфікації як названі суміжні явища, можна впевнитися у наявності саме позитивної пост кримінальної поведінки.

Відмінність позитивної посткримінальної поведінки від дієвого каяття та добровільної відмови відображена у таблиці і полягає у такому:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Розмежувальна ознака** | **Кримінально-правовий інститут, для якого характерною є відповідна ознака** | | |
| **Добровільна відмова** | **Дієве каяття** | **Позитивна посткримі-нальна поведінка** |
| **Види злочинів, при вчиненні яких має місце певний інститут** | Будь-який умисний злочин | Як умисні, так і необережні злочини | Злочини, стосовно яких таке звільнення прямо передбачене законом |
| **Стадія розвитку злочину, на який можливе застосування** | До моменту закінчення злочину | Як у закінченому, так і у незакінченому злочині | після закінчення злочину |
| **причини, які викликають відповідну поведінку особи** | Власна (“добра”) воля | Як власна воля особи, так і вимушене припинення злочину | Власна (“добра”) воля |
| **Спосіб виконання** | дія у ряді випадків і бездіяльність, зміст яких визначається конкретними обставинами | Лише дія | Дії, зміст яких для кожного виду злочину прямо визначений в КК |
| **Правові наслідки** | Є підставою непритягнення до кримінальної відповідальності або звільнення від неї притягнутих осіб | Є обставиною, що пом’якшує відповідальність, враховується при призначені покарання | Є підставою звільнення від кримінальної відповідальності |

## 11.3. Кваліфікація при позитивній посткримінальній поведінці

Позитивна посткримінальна поведінка

У певних випадках поведінка винного після вчинення злочину служить підставою для звільнення від кримінальної відповідальності. Для цього необхідна певна сукупність умов:

1) вчинено не будь-який злочин, а один із тих, стосовно яких закон передбачає звільнення від кримінальної відповідальності при відповідній поведінці. Чинний КК передбачає таке звільнення у тринадцяти випадках[[178]](#footnote-178);

2) злочин є закінченим. При незакінченому злочині підставами звільнення є не це обставини, а інститут добровільної відмови, більш пільговий для особи;

3) після закінчення злочину винний вчинив дії, прямо передбачені законом як умов звільнення від кримінальної відповідальності. Кількість цих дій, їх характер різний для кожного з видів посягань, стосовно яких передбачене звільнення від кримінальної відповідальності при відповідній поведінці. Таку поведінку винного у теорії кримінального права прийнято називати позитивною посткримінальною поведінкою, а сам інститут звільнення - звільненням при позитивній посткримінальній поведінці.

Таке звільнення не впливає на кваліфікацію скоєного, не усуває його оцінку як злочину. Має місце лише специфічний правовий наслідок, позитивний для особи, яка після закінчення злочину діяла відповідно до вимог кримінального закону.

# 12. Кваліфікація діянь, вчинених при відсутності всіх ознак складу злочину

Кримінально-правова кваліфікація включає в себе доведення наявності ознак складу злочину, що здійснюється шляхом послідовного співставлення фактичних ознак скоєного з ознаками злочину, передбаченими кримінально-правовою нормою. При цьому може виявитися, що певна ознака, обов’язкова для даного складу злочину, відсутня. Це означає, що відповідальність за статтею (частиною статті), яка передбачає склад відповідного злочину настати не може, кримінально-правова кваліфікація діяння як злочину припиняється. Результатом такої кваліфікації є визнання відсутності ознак складу злочину. Це тягне за собою певні юридичні наслідки.

Визнання відсутності складу злочину пов’язано з рядом юридично значущих дій. Вони стосуються не лише прийняття відповідного процесуального рішення та оформлення цього факту, але й вирішення ряду питань матеріального кримінального права. Останні пов’язані, зокрема з оцінкою поведінки інших учасників цього ж злочину, визначенням того, чи немає у скоєному ознак якогось іншого злочину (злочинів), встановленням того, чи не підлягає застосуванню нормативні акти інших галузей права. Таким чином, констатація відсутності складу злочину далеко не завершує процес правової кваліфікації вчиненого.

При цьому в слідчо-прокурорській та судовій практиці зустрічається немало помилкових чи недостатньо обґрунтованих рішень, тим більше, що відмова в порушенні та закриття кримінальних справ в зв’язку з відсутністю складу злочину є поширеним явищем - воно щороку має місце в десятках, сотнях тисяч випадків. Далеко не всі питання, що виникають при цьому, вирішені в теорії кримінального права, знайшли своє однозначне висвітлення в літературі, немало з них взагалі не привертали увагу дослідників.

Тому вивчення питань кваліфікації діянь, вчинених при відсутності ознак складу злочину є теоретично актуальним і практично значимим.

## 12.1. Відсутність складу злочину як обставина, що виключає провадження в кримінальній справі

Поняття відсутності складу злочину

Склад злочину - це сукупність ознак, які характеризують благо, якому заподіюється шкода злочином, його зовнішні, видимі ознаки, особу, що вчинила посягання та внутрішні процеси, що відбуваються у свідомості та волі злочинця. Всього в теорії кримінального права виділяють 20 таких ознак (якщо як окрему ознаку враховувати емоційний стан суб’єкта - сильне душевне хвилювання, то таких ознак нараховується 21). Жоден із злочинів, передбачених статтями Особливої частини КК не характеризується усіма двадцятьма ознаками складу, в диспозиціях статей Особливої частини КК звичайно вказується 1-3, рідко більше ознак, ще ряд із них однакові для всіх складів злочинів і описані в статтях Загальної частини. Такі ознаки складу, без наявності яких даний злочин не може бути конституйований, називаються обов’язковими ознаками, ті ж із них, які можуть бути, а можуть і не бути в конкретному посяганні, вважаюся факультативними. Вони не впливають на кваліфікацію скоєного, але можуть враховуватися при призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності та від покарання, вирішенні інших кримінально-правових питань. Наприклад

Відсутність складу злочину аж ніяк не означає відсутності **усіх** обов’язкових ознак. ///////////

Відсутність же факультативних ознак взагалі не повинна оцінюватися як відсутність ознак складу злочину. Оскільки вони факультативні, то й не обов’язкові, їх наявність не впливає на визнання наявності повного складу відповідного посягання.

## 12.2. Кваліфікація малозначних посягань

Доведення відповідності фактичних і юридичних ознак посягання, або, як ще кажуть, підведення факту під закон - констатація того, що у вчиненому є всі обов'язкові ознаки складу злочину, далеко не завершує кваліфікації. Кваліфікація злочину не може зводитися до механічного процесу порівняння, співставлення і встановлення формального співпадіння чи неспівпадіння ознак діяння й тієї чи іншої кримінально-правової норми. Вона одночасно включає у себе і розкриття суспільно-політичної сутності вчиненого діяння і дійсного політичного змісту закону, що застосовується. Розкриття ж суспільно-політичної сутності посягання - це не що інше, як визначення характеру і ступеня його суспільної небезпеки. Воно охоплює і встановлення відсутності малозначності дії або бездіяльності. Відповідна оціночна діяльність становить, як вже відзначалося, окремий етап цієї стадії кваліфікації злочинів.

Відомо, що суспільна небезпека - це не якась самостійна ознака складу злочину, а риса, яка виражена у сукупності таких ознак. Разом із тим, далеко не всі ознаки складу злочину "формують" його суспільну небезпеку. Зокрема, не є ознаками, які визначають суспільну небезпеку посягання, такі, як причиновий зв'язок, загальні ознаки суб'єкта. І навпаки, серед ознак складу злочину можна виділити такі, які головним чином і визначають його суспільну небезпеку. Це - важливість об'єкта злочинного посягання, характер і розмір злочинних наслідків, спосіб, місце, час, обстановка, знаряддя вчинення злочину, форма вини, мотив та мета дій особи, ознаки спеціального суб'єкта.

Визначення суспільної небезпеки посягання у ході його кваліфікації можливе лише після того, як визначена кримінально-правова норма (норми), яка передбачає відповідальність за нього. Однак, саме по собі визначення норми кримінального закону ще не означає, що питання про суспільну небезпеку посягання однозначно вирішене. Відомо, що у кримінально правових нормах відображена типова суспільна небезпека певного посягання. А відповідні ознаки складу того чи іншого злочину містять ту "частину суспільної небезпеки", яка у сукупності достатня для визнання певного посягання злочином. Однак певна комбінація одних і тих же ознак складу злочину може змінювати суспільну небезпеку посягання у цілому. Так, крадіжка державного майна з проникненням у приміщення чи інше сховище на думку законодавця свідчить про те, що такі діяння є суспільно небезпечними і такими, за які повинна наставати кримінальна відповідальність навіть тоді, коли вартість викраденого менша трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тобто, суспільну небезпеку такої крадіжки визначають не стільки її суспільно небезпечні наслідки, скільки місце та спосіб вилучення майна.

Констатація того, що вчинена дія або бездіяльність формально містить ознаки злочину, але через малозначність не являє суспільної небезпеки, виключає кваліфікацію скоєного як злочину за певною нормою Особливої частини кримінального закону. Разом із тим, діяння не може бути визнане малозначним безвідносно до конкретної кримінально-правової норми. Немає малозначного посягання взагалі - є малозначна крадіжка, малозначна підробка документів, малозначне зберігання бойових припасів, тощо. Тому передумовою застосування ч.2 ст.11 КК є кваліфікація посягання за формальними ознаками за певною статтею Особливої частини.

## 12.3. Кваліфікація діянь, вчинених особами, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність

**1. Проблема “Кримінальний закон і неповнолітній” має, як на мене, принаймні, три головних аспекти:**

1) кримінальна відповідальність самих неповнолітніх;

2) кримінальна відповідальність за злочини проти неповнолітніх (інакше кажучи, кримінально-правова охорона неповнолітніх);

3) кримінальна відповідальність за злочини, вчинені спільно з неповнолітніми (або із залученням неповнолітніх).

Саме на цьому останньому аспекті я й спробую зупинитися в своєму виступі.

**2. В чому актуальність питань про кваліфікацію діянь, вчинених спільно з неповнолітніми? Чому на них потрібно зупинятися спеціально?**

По-перше, вони доволі часто вирішуються в практичній правозастосовній діяльності. В Україні останні роки реєструється біля 500 тис. злочинів; злочинність неповнолітніх становить біля 10% від усієї злочинності, щороку реєструється біля 12 тис. суспільно небезпечних діянь, вчинених особами, які не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність. У співучасті вчиняється приблизно третина з усіх злочинів, питома вага співучасті щодо злочинів, вчинених неповнолітніми ще вища. Так, що навіть за самими приблизними підрахунками, щонайменше 20 тис. разів на рік працівники органів дізнання, слідчі, прокурори, судді оцінюють діяння, при вчиненні яких злочини вчиняються дорослими особами із залученням неповнолітніх. Навіть на побутовому рівні всі знають, що нерідко ведуться розмови типу: “Піди з нами на справу, навіть якщо попадешся то, тобі - малолітці - нічого не буде”.

По-друге, в зв’язку з прийняттям нового КК деякі важливі питання відповідальності за злочини, вчинені дорослими злочинцями із залученням неповнолітніх, повинні вирішуватися інакше, ніж це робилося раніше.

По-третє, немало аспектів цієї проблеми в літературі вирішується непослідовно, існують дискусії, окремі моменти взагалі не піддавлися теоретичному аналізу.

По-четверте, як висновок з раніше відзначеного, практика стикається з немалими труднощами при вирішенні питань кримінально-правової кваліфікації посягань, вчинених із залученням неповнолітніх.

**3. Перш, ніж аналізувати конкретні проблеми, які виникають в ході кваліфікації такого роду посягань, слід уточнити, про осіб якого віку йде мова.**

В зв’язку з аналізом питань кримінально-правової кваліфікації посягань, вчинених із залученням неповнолітніх, має сенс виділення серед них кількох категорій:

1) які не досягли повноліття, тобто, 18-річного віку;

2) які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (слід застерегти проти вживання терміну *“вік кримінальної відповідальності”* - кримінальна відповідальність ніякого віку не має);

3) які в зв’язку з віковими особливостями не усвідомлюють значення вчинюваних дій, або, як ще кажуть деякі криміналісти, які характеризуються віковою неосудністю.

**4. Вік по досягненні якого може наставати кримінальна відповідальність** на перший погляд визначається просто - слід звернутися до ст.22 КК. Однак, в цій статті регламентоване загальне правило про кримінальну відповідальність по досягненні 16-річного віку (ч.1 ст.22 КК); визначено перелік злочинів, за які можлива відповідальність з 14-річного віку (ч.2 ст.22 КК). В той же час законодавець ні словом не обмовився про питання, яке повсякчас постає на практиці - про те, що за ряд злочинів відповідальність може наставати з більш високого віку - по досягненні повноліття, або й ще старших осіб.

Наприклад, суддею в Україні можна стати з 25-річного віку. Певно, що й злочин, передбачений ст.375 КК “Постановлення суддею (суддями) за відомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови” може бути вчинений лише особою, яка досягла вказаного віку. А в КК про це ні слова...

На сьогодні, чи не найбільш дискусійним питанням про вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність, стосується злочинів, суб’єктом яких виступає службова особа.

**6. Вік, після досягнення якого настає кримінальна відповідальність за злочини, вчинені службовою особою,** на перший погляд повинен встановлюватися відповідно до загального правила, закріпленого в ч.1 ст.22 КК України: «кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років». Разом з тим, більш уважний аналіз відповідних питань, пов’язаних з віком, дозволяє зробити висновок, що службовою особою може бути тільки повнолітній.

Висновок про те, що суб’єктами службових злочинів повинні визнаватись лише повнолітні особи найбільш повно в літературі обгрунтував О.Я.Свєтлов[[179]](#footnote-179). Аргументи автора видаються слушними, однак їх можна і слід розвинути та обгрунтувати те, що цей висновок стосується поняття службової особи, як суб’єкта й інших злочинів.

Перш за все, у визначенні службової особи, даному в законі (примітки 1,2 до ст.364 КК України) нічого не говориться про мінімальний вік такої особи. Це дає формальні підстави припускати, що суб’єктом службових злочинів може бути особа, яка досягла загального віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Разом з тим, закон вказує, що службовою визнається особа, яка є представником влади, або займає посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків або виконує такі обов’язки за спеціальним повноваженням.

Відповідно до чинного законодавства неповнолітній не може бути представником влади[[180]](#footnote-180). Разом із тим не існує якихось прямих заборон щодо того, щоб особи у віці до вісімнадцяти років займали посади, пов’язані з виконанням адміністративно-господарських та організаційно-розпорядчих функцій.

Однак, О.Я.Свєтлов в зв’язку з цим справедливо підкреслює, що крім формального заняття будь-якої посади, яка дає підстави вважати особу службовою, така особа повинна мати певний рівень інтелекту, життєвий досвід, відповідну освіту[[181]](#footnote-181). Саме такі якості дозволяють особі усвідомлювати протиправність дій, які виходять за межі таких простих моральних максим: “Не убий”, “Не вкради”. Оцінка дій, що входять в об’єктивну сторону службових злочинів як протиправних і кримінально-караних не завжди доступна розумінню неповнолітньої особи. Тому, видається несправедливим притягати до кримінальної відповідальності за службові злочини неповнолітніх осіб. Вивчення судової статистики за тривалий період показало, що серед засуджених за злочини, суб’єктом яких є службова особа, неповнолітні відсутні.

Але найвагомішим аргументом на користь того, що службовою особою може бути лише повнолітній, є те, що виконання відповідних обов’язків полягає у здійсненні функцій представника. Адже організаційно-розпорядча чи адміністративно-господарська діяльність здійснюється від імені і за дорученням власника підприємства, установи, організації. Цивільне ж законодавство передбачає, що представником може бути тільки повнолітня особа.

Якщо ж розглядати службових осіб підприємства, установи, організації, як суб’єктів відповідних злочинів, то особи, які не досягли повноліття, не можуть виступати суб’єктами законної підприємницької діяльності, не можуть виконувати організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов’язки. Хоч в Законі України «Про підприємництво» прямих обмежень з приводу віку суб’єктів підприємництва немає, але на них в повній мірі поширюються вимоги цивільного законодавства про дієздатність і про представництво. Як вказано в ст.ст.13 і 14 ЦК України «неповнолітні віком від п’ятнадцяти до вісімнадцяти років вправі самостійно учиняти дрібні побутові угоди і самостійно розпоряджатися своїм заробітком, неповнолітні віком до п’ятнадцяти років вправі учиняти лише дрібні побутові угоди». В той же час підприємницька діяльність пов’язана із здійсненням угод, які явно виходять за межі дрібних побутових. Крім того, виконання такими особами своїх функцій часто пов’язане з укладенням договору про повну матеріальну відповідальність. Такий договір, відповідно до норм трудового законодавства, може бути укладений тільки з особою, яка досягла вісімнадцятирічного віку.

Таким чином, викладене підтверджує, що службовою особою може бути лише особа, яка досягла 18-річного віку. Тому видається слушною пропозиція О.Я.Свєтлова по вдосконаленню законодавства: звузити поняття "службових осіб" і визнавати такими тільки повнолітніх осіб, що виконують відповідні функції[[182]](#footnote-182).

Отже, досягнення вказаного віку - повноліття є обов’язковою ознакою аналізованого виду суб’єкта злочину.

Висновок про те, що лише повнолітні можуть бути суб’єктами злочинів стосується і злочинів проти встановленого порядку несення військової служби, ряду інших категорій посягань (зокрема, пов’язаних з порушенням більшості спеціальних правил безпеки).

**7. Аналіз КК показує, по кримінальна відповідальність можлива лише по досягненні особою повнолітття стосується широкого кола передбачених ним посягань.** Серед них:

- злочини, суб'єктом яких вистпає службова особа (таких в КК є понад вісім десятків);

- злочини проти встановленого порядку несення військової служби (таких КК передбачає 34);

- злочини, вчинення яких пов'язане з порушенням спеціальних правид поведінки, які покладаються лише на повнолітніх (таких також є кілька десятків).

В цілому ж можна стверджувати, що, принаймні третина статей Особливої частини КК передбачає відповідальність за злочини, суб’єктом яких виступають лише повнолітні особи.

**8. Кримінально-правова оцінка діянь, вчинених особами, яким неправомірно надані права, чи на яких покладені обов’язки, пов’язані з досягненням певного віку**

Такі особи не виступають суб’єктами відповідних злочинів і не підлягають за них кримінальній відповідальності.

Така позиція свого часу була закріплена в постановах пленуму Верховного Суду України і рішеннях з конкретних справ щодо ухилення від призову на військову службу, втечу з-під варти.

**9. Кваліфікація діянь, вчинених особами, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність**

Такі особи підлягають відповідальності за інші злочини, щодо яких вони досягли необхідного віку. (ст.178 “Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків” та ст.194 КК “Умисне знищення або пошкодження майна”).

**10. Неповноліття “учасника” злочину і вирішення питань співучасті**

Раніше вважалося, що співучасть (у формах “вчинення злочину групою осіб”, “вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою”) має місце і тоді, коли у вчиненні злочину приймала участь лише одна деліктоздатна особа, а інші в зв’язку з недосягненням віку чи з інших підстав не підлягали відповідальності.

Зараз же це неможливе, оскільки ст.26 КК визначає співучасть як участь кількох суб’єктів злочину

**11. Залучення до вчинення злочину неповнолітнього.**

Якщо до вчинення злочину залучається особа, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність - то за все вчинене нею відповідає особа, яка використовує таку особу. Особа ж, яка вчиняє діяння виступає як знаряддя вчинення злочину. Тут має місце ситуація, яка в теорії кримінального права називається по різному: “посереднє виконання”, “посередня винність” тощо.

**12. Якщо той, хто використовує неповнолітнього як знаряддя злочину, не знає про його вік (про те, що його “подільник” не досяг віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність).**

Видається, що тут слід керуватися загальним правилом про кримінально-правове значення помилки - скоєне кваліфікувати як замах на відповідних злочин (має місце юридична фікція, коли злочини з повністю виконаною об’єктивною стороною прирівнюється до незакінченого злочину, оскільки відсутні всі ознаки складу відповідного посягання).

**13. Якщо до вчинення злочину залучається особа, яка досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність.** Відповідальність настає по правилах про співучасть у злочині та додатково скоєне кваліфікується за ст. 304 КК “Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність”.

**14. Діяння, вчиненні проти особи якого найменшого віку повинні оцінюватися як втягнення у злочинну діяльність?** Видається, що відтоді, коли особа починає розуміти злочинний характер дій, які вчиняються щодо неї.

**15. Значення ініціативи самого неповнолітнього для оцінки скоєного як “втягнення у злочинну діяльність”.** Наш КК не знає поняття “ініціатор злочину”, в теорії чи не всі одностайно заперечують необхідність його використання. Однак щодо злочину, передбаченого ст.304 КК, таке поняття вкрай необхідне. Адже за умови, коли ініціатива про вчинення злочину походить від самого неповнолітнього, то про його втягнення кимось із дорослих говорити не доводиться.

## 12.4. Кваліфікація діянь, вчинених при відсутності вини

Послідовність доказування наявності ознак складу злочину, які відносяться до його суб’єктивної сторони

Процес кримінально-правової кваліфікації, як вже відзначалося при викладі питань, пов’язаних з стадіями та етапами відповідної діяльності, передбачає певну послідовність встановлення елементів та ознак складу злочину. При цьому встановлення суб’єктивної сторони посягання здійснюється наприкінці процесу кваліфікації, тоді, коли вже доведена наявність ознак об’єкта, об’єктивної сторони та суб’єкта відповідного злочину. Тому цілком можлива ситуації, при яких:

1) визначення статті, за якою настає відповідальність, відбувається в залежності від суб’єктивної сторони посягання. Наприклад, кваліфікація вбивства, службових злочинів в значній мірі детермінована формою вини;

2) констатована наявність всіх необхідних для даного злочину ознак, за винятком вини або інших ознак суб’єктивної сторони злочину.

Принцип кримінальної відповідальності лише за наявності вини та його врахування при кримінально-правовій кваліфікації

З положень, викладених в ч.2 ст.2 КК а також ряді інших кримінально-правових норм випливає, що кримінальна відповідальність настає лише при наявності вини. Не існує вини взагалі, це поняття конкретне, вона стосується ставлення особи до певного суспільно небезпечного діяння та його наслідків, існує лише у формі умислу чи необережності. Це означає, що особа може бути невинною щодо одного злочину, і, водночас, мати вину щодо іншого кримінально караного посягання.

Врахування вини при кримінально-правовій кваліфікації полягає в такому:

- якщо кримінально-правова норма передбачає наявність певної форми вини, до посягання може кваліфікуватися за статтею КК, що виражає цю норму, лише при наявності “потрібної” форми вини, а в певних випадках і відповідного виду умислу чи необережності;

- відсутність форми вини, необхідної для певного злочину не виключає того, що скоєне повинно кваліфікуватися за статтею, яка передбачає іншу форму вини;

- діяння, яке вчинене без вини, не тягне за собою кримінальної відповідальності.

Визначення форми вини, з якою вчиняється певний злочин

Про те, що певний **злочин може бути вчинений лише умисно**, можна зробити висновок, насамперед з аналізу диспозиції статті Особливої частини КК. Вказівка на умисний характер відповідного злочину здійснюється шляхом:

- прямого визначення форми вини, притаманної для даного злочину. Всього в назвах та диспозиціях статей Особливої частини КК вказівка на те, що певні дії вчиняються умисно, міститься 90 разів;

- вказівки на певний мотив чи мету вчинення злочину (оскільки відомо, що ці ознаки в чинному кримінальному законодавстві виділяються лише щодо умисних злочинів;

- передбачення наявності “завідомості” при вчиненні злочину (в 44 випадках);

- посилання на неодноразовість, систематичність, злісність, якою характеризується певне діяння, вчинення його з особливою зухвалістю чи цинізмом тощо;

В багатьох випадках, на те, що певний злочин вчиняється лише умисно стаття Особливої частини КК не містить прямої вказівки. Наприклад, в КК не говориться про те, що умисно вчиняються такі злочини, як крадіжка, зґвалтування, одержання хабара. Однак, форма вини, з якою вчиняються такі злочини, визначається через аналіз інших ознак їх складу, з врахуванням того, що відповідальність встановлена за вчинення посягання явно злочинним способом (з використанням насильства, погроз, обману).

Висновок про те, що той чи інший **злочин вчиняється з необережності** можна зробити виходячи, враховуючи такі обставини:

- пряму вказівку в диспозиції статті Особливої частини КК (вона має місце лише щодо чотирьох злочинів - в ст.ст. 119, 128, 196, 421 КК);

- використання в диспозиції статті термінів, які вказують на неумисний характер посягання, наприклад на несумлінне ставлення до своїх обов’язків (ст.367 КК);

- порівняння санкцій статей Особливої частини. Якщо за заподіяння певних наслідків умисно встановлена більш сувора санкція, ніж за такі ж характером та змістом наслідки в іншій статті, то це вказує, що злочин, передбачений цією статтею, вчиняється з необережності.

**Злочини, які можуть вчинятися як умисно, так і з необережності** можна вивести способом виключення. Якщо немає даних, що однозначно свідчать лише про умисний, або лише про необережний характер певного посягання, то відповідальність за нього настає при обох відомих закону формах вини.

Нарешті, так звана **“необережність в умислі”** має місце тоді, коли в цілому умисний злочин містить ознаки, ставлення до яких може виражатися і в необережності. Наприклад, відповідальність за зґвалтування неповнолітньої чи малолітньої особи настає не лише тоді, коли винний знав про відповідний вік потерпілої особи і саме з особою такого віку бажав вступити у насильницькі статеві зносини, а й тоді, коли він міг і повинен був передбачити неповноліття чи малоліття потерпілої чи потерпілого.

Значення встановлення виду умислу для кримінально-правової кваліфікації

Відомо, що види умислу виділяються за різноманітними підставами, що має кваліфікуюче значення. Зокрема:

- при ***альтернативному умислі***  *кваліфікація проводиться за нормою, яка передбачає злочин, який був фактично вчинений;*

- при ***неконкретизованому умислі*** скоєне *кваліфікується за кримінально-правовою нормою, яка передбачає відповідальність за фактично вчинене посягання* (виходячи з розміру шкоди, заподіяної певним злочином);

- при ***прямому умислі*** відповідальність настає не лише за фактично заподіяну шкоду, а й за “бажану” - на заподіяння якої був спрямований умисел винного. Якщо фактично шкода не заподіяна, то *при наявності прямого умислу скоєне кваліфікується як готування чи замах на той злочин, що його бажав вчинити винний.* При ***непрямому умислі*** відповідальність настає лише за фактично заподіяну шкоду, тобто, *скоєне кваліфікується за статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідний закінчений злочин.*

Значення встановлення виду необережності для кримінально-правової кваліфікації

За загальним правилом вид необережності - злочинна самовпевненість чи злочинна недбалість не впливає на кваліфікацію скоєного. Тобто, необережний злочин може вчинятися як з одним, так і з іншим видом необережності.

Для необережності характерним є те, що визначення її наявності в кримінальному законі (ст.25 КК) пов’язується лише зі ставленням до наслідків своєї дії або бездіяльності. Отже, так звана безнаслідкова необережність не є кримінально-караною. Виходячи з цього, можна стверджувати, що при кваліфікації необережних злочинів немає потреби встановлювати суб’єктивна ставлення до свого діяння.

Однак, в чинному КК не передбачена відповідальність за жодне необережне посягання, за яке б не наставала відповідальність при його умисному вчиненні - кожний необережний злочин має свій умисний антипод. Тому щоразу при кваліфікації скоєного за статтями Особливої частини КК, які передбачають необережний злочин, потрібно встановлювати, що відсутні ознаки умисної вини і що скоєне не повинно кваліфікуватися за статтями, які передбачають умисне заподіяння шкоди.

Водночас, далеко не всі посягання, які переслідуються законом при їх умисному вчиненні, визнаються злочинами при необережному ставленні до заподіяних наслідків. Звідси випливає, що відсутність умислу зовсім не обов’язково свідчить, що повинна наставати відповідальність “хоча б” за необережний злочин.

Поняття випадку (казусу)

Форми вини і види умислу та необережності в КК названі вичерпно, як вже відзначалося, вина завжди конкретна - встановлюється щодо певних діянь та їх наслідків, про наявність вини можна говорити лише тоді, коли констатована наявність всіх без винятку вказаних в ст.24, 25 КК ознак умислу або необережності.

Відсутність певних ознак умислу може означати:

- відсутній прямий умисел, але має місце непрямий умисел;

- відсутній умисел, але є необережність;

- відсутня вина взагалі (оскільки немає ні умислу, ні необережності).

Відсутність же ознак необережності передбачає:

- відсутність злочинної самовпевненості при наявності злочинної недбалості (що, як відзначалося, на кваліфікацію за загальним правилом не впливає);

- відсутність ознак вини (як злочинної самовпевненості, так і злочинної недбалості, і, тим більше, прямого чи непрямого умислу).

Коли посягання вчиняється при відсутності ознак і умислу, і необережності, то відсутні вина взагалі. Має місце ситуація, яка не визначена в КК, а в теорії кримінального права та на практиці називається випадком або казусом (від латинського *casus*, що й означає випадок, окремий факт). При цьому від випадком в юриспруденції розуміють діяння, яке має зовнішні ознаки злочину, але позбавлене ознак вини, а тому й безкарне.

В кримінально-правовій літературі поняття випадку часто розкривають, звертаючи увагу на його відмінність від злочинної недбалості. Наприклад, в одному з найновіших підручників з Загальної частини кримінального права України вказується, що він (випадок) має місце тоді, коли наслідки, що настали, перебувають у причинному зв’язку з дією (або бездіяльністю) особи, котра, однак, не тільки не передбачала можливості їх настання, а й не могла їх передбачити. На відміну від недбалості, “випадок” характеризується відсутністю суб’єктивного критерію, який у поєднанні з об’єктивним визначає необережність як вид вини[[183]](#footnote-183).

З таким підходом до визначення випадку погодитися важко, оскільки він недосить повний, стосується лише ситуацій розмежування необережної вини і випадку. В той же час, про випадок можна говорити і тоді, коли відсутня перша інтелектуальна ознака умислу - усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння, і при цьому не встановлена відповідальність за відповідне необережне посягання, або відсутні й ознаки необережності. Тому більш вдалим видається описання випадку, дана П.С. Матишевським, який вказував, що для невинуватого заподіяння шкоди (казусу) характерним є те, що особа не усвідомлювала і не могла усвідомити суспільну небезпечність своєї дії (бездіяльності) або не передбачала і не повинна була чи не могла передбачити настання від свого діяння суспільно небезпечного наслідку[[184]](#footnote-184).

Слід звернути увагу на те, що про *випадок* у кримінально-правовому розумінні ведуть мову лише тоді, коли вчиняється діяння, передбачене кримінальним законом, настають наслідки, які тягнуть кримінальну відповідальність. При цьому наявні ознаки об’єкта, об’єктивної сторони, суб’єкта відповідного складу злочину. Тобто, поняття випадку, як і злочину - цілком конкретне. Про наявність випадку можна судити лише внаслідок проведення кримінально-правової кваліфікації скоєного.

Таким чином, можна виділити ознаки кримінально-правового поняття випадку:

1) вчинене діяння, передбачене певною статтею Особливої частини КК;

2) у скоєному є всі ознаки об’єкта, об’єктивної сторони, суб’єкта певного складу злочину;

3) відсутня форма вини, необхідна для даного посягання, в зв’язку з чим виключається кримінальна відповідальність.

Таким чином, не можна говорити про випадкове заподіяння шкоди, якщо відсутні ознаки, які стосуються не вини, а інших елементів складу злочину, або ж що має місце випадок, якщо діяння може кваліфікуватися як злочин, вчинений через необережність..

Кримінально-правове значення випадку

Випадок означає відсутність вини, як однієї з обов’язкових ознак суб’єктивної сторони, а, тим самим, і складу злочину в цілому. Це означає, що при наявності випадку не може наставати кримінальна відповідальність. Випадкове заподіяння шкоди не становить собою адміністративного правопорушення чи дисциплінарного проступку, відповідальність за які також настає лише при наявності вини. Водночас таке діяння може наставати цивільно-правова відповідальність - у випадках, коли цивільне законодавство допускає відповідальність без вини.

Випадок і питання кримінально-правової кваліфікації

Разом із тим викладене не означає, що при наявності *випадку* зовсім не повинні вирішуватися питання кримінально-правової кваліфікації. Вони стосуються як оцінки поведінки особи, в скоєному якою є ознаки випадку, так і поведінки інших осіб.

Випадок, як вже відзначалося, характеризується тим, що про його наявність можна говорити лише тоді, коли встановлена наявність більшості ознак складу злочину. Тому оцінка скоєного як випадку можлива лише тоді, коли зроблений висновок, що за ознаками, об’єкта, об’єктивної сторони, суб’єкта діяння має охоплюється ознаками певної статті Особливої частини КК. Аналізована ситуаціяє проявом відсутності складу злочину. Тому *випадок не утворює собою якихось особливих підстав для закриття кримінальної справи чи відмови в порушенні кримінальної справи*, це здійснюється на підставі п.2 ст.6 КПК України.

Конкретність випадку передбачає, що може мати *випадок* щодо одного посягання і, водночас, наявною вина відносно інших наслідків, заподіяних цією ж особою. Часто це має щодо злочинів з так званими похідними наслідками. Наприклад, заподіюючи тяжке тілесне ушкодження, особа діє умисно, водночас її виною не охоплюється спричинення смерті потерпілого. В такому разі скоєне не може бути кваліфіковане за ч.2 ст.121 КК, а підлягає кваліфікації за ч.1 цієї статті (а за ч.2 ст.121 КК відповідальність може наставати лише при наявності інших кваліфікуючих ознак).

Відсутність вини в діяння однієї особи не виключає того, що саме таким її станом скористається в своїх злочинних цілях інша особа. Тобто, йдеться, про використання завідомо невинного для вчинення злочину. В теорії кримінального права такі випадки пропонується оцінювати як *посереднє виконання злочину*, коли особа, яка вчиняє шкоду внаслідок випадку не підлягає кримінальній відповідальності, а як дії виконавця кваліфікуються посягання того, хто використовує невинного.

# 13. Неправильна кримінально-правова кваліфікація

Неухильне дотримання принципів кримінально-правової кваліфікації, виконання її правил, вироблених теорією кримінального права та апробованих на практиці забезпечують правильні результати відповідної правозастосовної діяльності. Однак, поряд з правильною кримінально-правовою кваліфікацією, нерідко допускаються і помилки та зловживання при її проведенні. Вони полягають в тому, що діяння отримує кримінально-правову оцінку, яка не відповідає фактичним обставинам справи і кримінальному закону. При цьому не застосовуються кримінально-правові норми, які належить інкримінувати, або ж, навпаки, вони застосовуються безпідставно. Внаслідок цього винні не несуть належної за законом відповідальності, до відповідальності притягаються особи, які не вчиняли інкримінованих їм злочинів або ж і взагалі невинні. Це суттєво впливає не лише на права учасників процесу, але й веде до порушення громадських інтересів в сфері протидії злочинності.

Неправильна кримінально-правова кваліфікація становить собою відносно поширене явище. Про її наявність і масштаби свідчать, насамперед, випадки зміни кваліфікації в ході кримінального процесу та викликані цим процесуальні рішення. Це і закриття кримінальних справ в ході досудового слідства, і відмова прокурора від обвинувачення в судовому засідання, і направлення справ для проведення додаткового розслідування, і скасування вироків та внесення змін до них за результатами апеляційного і касаційного розгляду. За самими приблизними підрахунками, щороку в Україні виявляється кілька сотень тисяч випадків неправильної кримінально-правової кваліфікації.

Для характеристики кількості помилок у кримінально-правовій кваліфікації досить навести такі дані з матеріалів опублікованої статистики (Вісник Верховного Суду України. - 2002. - №1. - С.23; 2002. - №4. - С.18,19):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Показник, який прямо чи опосередковано вказує на помилки у кваліфікації** | **2000 р.** | **2001 р.** | **Примітка** |
| Співвідношення кількості зареєстрованих злочинів і засуджених осіб | 555.594/ 230903 | 503.700 / 162.860 | В 2001 р. має місце істотне загальне зменшення кількості засуджених осіб (на 29,5%) |
| Число осіб, справи щодо яких закрито судом першої інстанції | 25.991 | 25.062 |
| Осіб, виправданих судом | 755 | 332 |
| Повернуто судами справ на додаткове розслідування | Щодо 20.557 осіб | Щодо 18.557 осіб |
| Скасовано і змінено вироків в апеляційному, касаційному порядку та в порядку нагляду | (4,1% від кількості засуджених) | Щодо 8.357 осіб  (3,9 від кількості засуджених) | Без врахування вироків, скасованих у зв’язку зі змінами в КПК України |

Потрібно бути свідомим того, що значна кількість помилок у кримінально-правовій кваліфікації залишається невиявленими.

Не випадково, чи не кожна постанова Пленуму Верховного Суду України з питань застосування норм про відповідальність за окремі види злочинів починається з констатації того, що в слідчо-прокурорській та судовій практиці мають місце помилки при кваліфікації певного виду посягань, самі ж постанови, переважно присвячені роз’ясненням, спрямованим на запобігання відповідним помилкам та зловживанням.

Прийняття та введення в дію КК України 2001 р. в значній мірі актуалізувало проблему неправильної кримінально-правової кваліфікації. Нове законодавство поставило перед практикою немало питань, які ще не проаналізовані в кримінально-правовій теорії, щодо вирішення яких поки що не вироблена чітка позиція слідчих, прокурорів, суддів. Таке становище виступає об’єктивною передумовою помилок у кримінально-правовій кваліфікації, полегшує зловживання при її здійсненні. Не випадково і при куди менш масштабних новелах в законодавстві відзначалося збільшення кількості помилок у правозастосуванні та приймалися заходи щодо їх усунення, насамперед, шляхом відповідного орієнтування практики шляхом публікації результатів її узагальнення, рекомендацій щодо вирішення конкретних питань з боку керівних правозастосовних органів, видання постанов Пленуму Верховного Суду України.

Не викликає сумніву, що проблема неправильної кримінально-правової кваліфікації становить значний не лише практичний, але й теоретичний інтерес і вимагає ґрунтовного аналізу. Вона не є новою для юридичної науки. Цілий ряд питань, пов’язаних з помилками в кримінально-правовій кваліфікації, зокрема помилками у кваліфікації злочинів розглядався в статтях, навчальних посібниках. З цієї проблеми маже чверть віку тому захищена кандидатська дисертація[[185]](#footnote-185), ще одна захищена нещодавно[[186]](#footnote-186). В той же час про наявність зловживань в ході кримінально-правової кваліфікації теоретики і практики говорять якось сором’язливо, лише вказують на наявність відповідної проблеми, однак не аналізують причин такого виду неправильної кваліфікації, поширеність відповідних зловживань, їх прояви і т.п.[[187]](#footnote-187)

В цілому ж існуючий стан розробки проблеми неправильної кримінально-правової кваліфікації не можна вважати достатнім, оскільки:

- опубліковані праці присвячені, переважно, лише одному, хоча й найважливішому, аспекту вказаної проблеми - помилкам у кваліфікації злочинів.

- інші види помилок - помилки, при кваліфікації *не-*злочинів (діянь, вчинених при обставинах, які виключають злочинність вчиненого, при відсутності усіх ознак складу злочину, при позитивній посткримінальній поведінці тощо) в літературі поки що не аналізувалися;

- явно недостатня увага в літературі відведена загальним, методологічного характеру питанням, пов’язаним з місцем категорії “помилка” в системі інших правових понять, з’ясуванню її ознак та відмінності від зловживань в ході правозастосування і т.п.

- існує своєрідний “розрив” у дослідження питань, пов’язаних з неправильною кримінально-правовою кваліфікацією, між представниками матеріального кримінального права і кримінального процесу. Він обумовлений по-перше, тим, що сама проблема кримінально-правової кваліфікації донедавна не розглядалася як комплексна, міждисциплінарна і досліджувалася з позицій матеріального кримінального права, а, по-друге, тим, що представники процесуальної науки , переважно приділяли увагу лише процесуальним наслідкам неправильної кваліфікації, а не їх матеріально-правовому змісту;

- цілий ряд питань продовжує залишатися дискусійними. Зокрема, існують значні розбіжності щодо класифікації помилок та зловживань у кримінально-правовій кваліфікації, характеристики їх видів, причин та засобів запобігання таким помилкам тощо.

Вказані обставини, які характеризують соціально-політичну роль подолання неправильної кримінально-правовій кваліфікації, значення правильного вирішення цієї проблеми в кримінально-правовій теорії та правозастосовній практиці і визначають необхідність самостійного аналізу відповідних питань. При цьому головна увага має бути приділена не стільки констатації самого факту існування помилок та зловживань у кримінально-правовій кваліфікації, їх характеристиці, скільки виробленню заходів, спрямованих на запобігання таким явищам.

## 13.1 Поняття і значення неправильної кримінально-правової кваліфікації

Презумпція правильності кваліфікації

Про поняття неправильної кримінально-правової кваліфікації можна говорити лише в аспекті співставлення його з протилежним - поняттям правильної кваліфікації. Правильна ж кваліфікація - це така, на досягнення якої спрямована вся діяльність компетентних органів держави, яка є ідеальною моделлю правозастосовної діяльності в галузі кримінального права.

Така діяльність базується на ряді припущень. Одне із них полягає в тому, що всі працівники відповідних органів знають законодавство (недаром ще в Древньому Риму вважали, що *jura novit curia* - суд знає право) і правильно його застосовують. Це припущення в свою чергу базується на вимогах до слідчих, прокурорів, суддів щодо наявності юридичної освіти, відповідного стажу роботи за спеціальністю, певного віку і життєвого досвіду. У відповідних нормативно-правових актах задекларовані і високі моральні якості, якими повинні бути наділені особи, які уповноважені на правозастосовну діяльність.

Наявність правових норм передбачає, що їх вимоги виконують при підборі і розстановці кадрів, контролі за їх повсякденною роботою. Звісно, реальний стан правоохоронних органів і судів далекий від ідеальної моделі, описаної у законах, які регламентують їх діяльність. Відомо, що значну частину працівників органів дізнання і слідчих становлять особи, які взагалі не мають вищої юридичної освіти чи здобули її заочно. Диплом юриста останніми роками явно девальвувався - дається взнаки всім відомий перехід кількості (юридичних вузів) в якість (підготовки студентів). Навіть суддями вже призначають випускників навчальних закладів, які вправляються у перекваліфікації випускника будь-якого вузу, технікуму чи ПТУ на спеціаліста- а той й магістра-юриста за помірну плату і швидкоплинно. Кількість навіть виявлених зловживань та упущень в роботі правоохоронних відомств вражає і наводить на сумні думки[[188]](#footnote-188). Рівень довіри населення до органів МВС, прокуратури, судів опустився нижче межі, до якої можна говорити про їх ефективну роботу. Причому, злі язики говорять, що позитивні оцінки вітчизняним правоохоронним органам та судам в ході вивчення громадської думки дають або самі їх працівники (вкупі з членами сімей та громадянами, що користуються “дахом” таких органів), або ж особи, які безпосередньо не стикалися з ними.

Це, однак, не змінює загального припущення, що органи кримінальної юстиції діють ефективно і правильно, їх рішення відповідають фактичним обставинам кожної справи і чинному закону, вони належно оформляються процесуально. Без такого припущення неможливе існування будь-якої держави, не те що проголошення її правовою.

Викладене дає підстави визнати **наявність презумпції правильності кримінально-правової кваліфікації**. Вона означає:

1) кримінально-правова кваліфікація, викладена в чинному процесуальному документі, є правильною;

2) пізніше прийняті процесуальні документи, якими внесені зміни до кримінально-правової кваліфікації, мають перевагу перед попередніми, хоча б ті й не були змінені чи скасовані (зокрема, винесення вироку не передбачає скасування постанов слідчого, обвинувального висновку);

3) зміни до процесуальних документів, їх скасування зовсім не обов’язково означають неправильності раніше даної кримінально-правової кваліфікації, оскільки можуть бути обумовлені іншими причинами (процесуальними порушеннями, змінами в законі, виявленням нових фактичних обставин справи тощо);

4) правильність кваліфікації може бути оспорена в установленому законом порядку. До моменту внесення змін чи доповнень у відповідний процесуальний документ, раніше дана кваліфікація вважається правильною.

Таким чином, презумпція правильності кримінально-правової кваліфікації як і будь-яка презумпція, може бути піддана сумніву. Якщо буде доведена правильність іншого рішення, то, тим самим, неправильною повинна визнаватися кваліфікація, дана в цій же справі раніше.

Якщо ж процесуальне законодавство не допускає перегляду раніше прийнятих процесуальних рішень (наприклад, у зв’язку з відсутністю скарги зацікавлених осіб), то презумпція правильності кримінально-правової кваліфікації не може бути оспорена, а інше рішення - доведене. Таким чином, *презумпція* правильності кваліфікації переростає у *фікцію* правильності кваліфікації. Навіть рішення щодо кримінально-правової кваліфікації, яке очевидно не відповідає встановленим фактичним обставинам справи і закону буде чинним і повинно визнаватися правильним.

Про значення офіційної констатації неправильної кваліфікації

Для з’ясування поняття неправильної кримінально-правовій кваліфікації важливо визначити, слід визнавати нею лише ті випадки неправильного застосування закону, які офіційно встановлені і відображені в процесуальних документах, чи до неправильної кваліфікації можна віднести і випадки, які офіційно не зафіксовані. В теорії кримінального права обґрунтовується, що помилками у кваліфікації злочинів слід вважати лише ті правозастосовні рішення, щодо яких факт відповідної помилки встановлений і зафіксований у порядку, встановленому кримінально-процесуальним законодавством[[189]](#footnote-189). Видається, що таке рішення може бути поширене на всі випадки неправильної кримінально-правової кваліфікації, а аргументи, наведені на його користь, стосуються не лише помилок у кваліфікації злочинів, але й неправильної кваліфікації загалом. Переважно такі аргументи базуються на обгрунтованій вище презумпції правильності кримінально-правової кваліфікації:

1) кваліфікація, неправильність якої не доведена, вважається правильною, а помилка чи зловживання при її проведенні - не існуючими;

2) оскільки кримінально-правова кваліфікація - це офіційна правозастосовна діяльність, то й презумпція її правильності може бути спростована лише в офіційному порядку;

3) зміни у кримінально-правову кваліфікацію можуть бути внесені лише в установленому процесуальному порядку. Без відповідного процесуального акта (вказівки начальника слідчого відділення, постанови прокурора, вироку або постанови місцевого суду, вироку чи ухвали апеляційного суду) неправильна кваліфікація не може бути визнана існуючою і не може бути виправлена;

4) якщо факт неправильної кваліфікації офіційно не встановлено, то не виникає підстав для скасування або зміни процесуального документа, в якому зафіксована попередня (неправильна) кваліфікація.

Викладене підтверджує, що про випадок неправильної кваліфікації можна вести мову лише тоді, коли відповідний факт зафіксований в установленому законом процесуальному порядку. Водночас, не можна визнавати неправильною кваліфікацією тоді, коли вона лише піддається сумніву - оспорюється у скаргах чи поданнях учасників процесу, а тим більше в публікаціях, усних виступах тощо.

Неправильна кримінально-правова кваліфікація як складова неправильного застосування кримінального закону

Неправильна кримінально-правова кваліфікація є різновидом неправильного застосування кримінального закону. Поняття неправильного застосування кримінального закону розробляється головним чином в кримінально-процесуальному праві, оскільки воно виступає одним із так званих “касаційних приводів” - підстав для скасування або зміни вироку чи інших процесуальних документів. Відповідно до ст.371 КПК України неправильне застосування кримінального закону полягає у:

1) незастосуванні судом кримінального закону, який підлягає застосуванню;

2) застосуванні кримінального закону, який не підлягає застосуванню;

3) неправильному тлумаченні закону, яке суперечить його точному змістові.

Положення, які сформульовані в наведеній статті кримінально-процесуального закону, потребують конкретизації, вони видаються далеко не бездоганними з позицій їх відповідності теорії кримінального права і чинного кримінального законодавства.

По-перше, в ст.371 КПК України, використовується термінологія, від якої вже відмовився законодавець стосовно матеріального кримінального законодавства. Адже в КК України 2001 р. використовується термін “закон про кримінальну відповідальність”. І хоча більшість фахівців в галузі кримінального права визнають тотожність термінів “кримінальний закон” і “закон про кримінальну відповідальність”[[190]](#footnote-190), вказана термінологічна нечіткість принаймні неприйнятна.

По-друге, і це більш важливо, чинний КК України виходить з того, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України (ч.1 ст.3 КК), закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності КК повинні бути включені до нього (ч.2 ст.2 КК)[[191]](#footnote-191). Буквальне застосування цих положень, щодо пунктів 1 та 2 ч.1 ст.371 КПК України наводить на думку про їх беззмістовність. Адже підставивши замість слів “кримінального закону” слова “КК України” мусимо погодитися з тим, що неправильне застосування КК полягає у *незастосуванні КК*, або що ще більш абсурдно, *у застосуванні КК, який не підлягає застосуванню*. Виходом із цієї ситуації є досить вільне тлумачення, яке полягає у визнання того, що в ст.371 КПК України мається на увазі не кримінальний закон (за теперішньою термінологією - закон про кримінальну відповідальність) в цілому, а його окремі статті.

По-третє, в ст.371 КПК України йдеться про неправильне застосування кримінального закону. Не викликає сумніву, що чотири десятиліття тому, на момент кодифікації кримінально-процесуального законодавства, законодавець виходив з положення про тотожність *законодавства* і *права*, по суті не розрізняв понять *стаття закону* і *правова норма.* Зараз же позиція, відповідно до якої право (як система норм, інститутів) і законодавство (як система статей, розділів) стає загальновизнаною (принаймні в літературі останніх років не довелося зустрічати протилежних думок), так само єдино існуючою є думка про *правозастосування*, а не *законозастосування*. Тому з сучасних позицій є підстави стверджувати про те, що скасування або зміну вироку має тягти за собою неправильне застосування не статей кримінального закону, а кримінально-правових норм. Поняття ж кримінально-правової норми куди більш широке і ємне, ніж статті закону про кримінальну відповідальність. Не вдаючись детально в це питання, відзначу, що неправильне застосування положень матеріального кримінального права як підстава для скасування або зміни вироку може полягати у неправильному застосуванні не лише власне статей Загальної та Особливої частини КК, але і в цілого ряду інших джерел кримінального права - нормативно-правових актів інших галузей законодавства, актів тлумачення закону про кримінальну відповідальність, правозастосовної практики національних судових та правоохоронних органів та ряду міжнародних юрисдикційних органів, доктринальних положень тощо.

По-четверте, слід погодитися з висловленою в літературі оцінкою викладеного в ст.371 КПК України положення про те, неправильним тлумаченням кримінального закону є його неправильне тлумачення. Т.М.Марітчак слушно зауважує, що немає підстав вважати тлумачення закону одною з форм його застосування, оскільки воно не відіграє самостійної ролі в процесі застосування кримінального закону, а є його передумовою і в кінцевому підсумку веде до наявності інших з вказаних в ст. 371 КПК України форм неправильного застосування кримінального закону[[192]](#footnote-192).

З врахуванням висловлених зауважень можна стверджувати, що *неправильне застосування кримінального закону, про яке йдеться в ст.371 КПК України, полягає у вирішенні питань матеріального кримінального права на підставі не тих кримінально-правових норм, які регламентують певні правові ситуації.*

При цьому, неправильне застосування кримінального закону може полягати у:

- **“підміні” статей КК** (їх частин, пунктів[[193]](#footnote-193)). Маються на увазі випадки, коли замість статті, яка підлягає застосуванню, робиться посилання на іншу статтю. Наприклад, заподіяння шкоди в стані необхідної оборони оцінюється як вчинене у стані крайньої необхідності і застосовується ст.39 КК замість ст.36 КК; розбійний напад кваліфікується як вимагання, що тягне інкримінування не ст. 187 КК, а ст.189 КК;

- **“надлишковому” застосуванні статей КК**. Тоді поряд зі статтями КК, які підлягають застосуванню, діяння оцінюється з використанням таких, які до даного випадку не мають відношення, не повинні інкримінуватися. Наприклад, хуліганство, в ході якого заподіяно легкі тілесні ушкодження, кваліфікується за ч.1 ст.296, ч.1 ст.125 КК;

- **безпідставному застосуванні статей КК**. Це, зокрема має місце у тих випадках, коли скоєне повинно оцінюватися на підставі норм інших галузей права. Так, відчуження одним із подружжя майна, яке перебуває у їх спільній сумісній власності, оцінюється як діяння, передбачене ст.185 КК;

- **“пропуску” статей КК** - незастосуванні їх при наявності до того підстав. Наприклад, вбивство через необережність в процесі вчинення хуліганства не кваліфікується за ст.119 КК, а оцінюється як складова об’єктивної сторони злочину проти громадського порядку. Інший же варіант цього виду неправильного застосування кримінального закону може полягати у незастосуванні частини статті, яка передбачає кваліфікований чи особливо кваліфікований вид злочину й інкримінуванні лише простого виду злочину.

З викладеного випливає, що неправильне застосування кримінального закону стосується вирішення двох основних питань, а саме, кваліфікації діяння та визначення його кримінально-правових наслідків. Відповідно, видами неправильного застосування кримінального закону (виділеними за етапами правозастосування на яких допущена неправильність) виступають:

- неправильна кримінально-правова кваліфікація;

- неправильне визначення кримінально-правових наслідків вчиненого діяння, зокрема, неправильне призначення покарання.

Наслідки неправильної кримінально-правової кваліфікації.

Наслідки неправильної кримінально-правовій кваліфікації є “дзеркальними” до значення правильної кваліфікації, яка неодноразово аналізувалася в літературі. Тому зупинятися на цьому питанні навряд чи доцільно.

Водночас в теорії кримінального права майже не приділялася увага парадоксу, який полягає у “корисних”, “позитивних”, бажаних для певних осіб наслідках помилок у кримінально-правовій кваліфікації. На такого роду наслідки звернув увагу в своїй дисертації Т.М.Марітчак

Він відзначає, що діалектичний підхід до феномену помилок в кваліфікації злочинів показує, що будучи шкідливими для суспільних і державних інтересів, помилки водночас можуть бути бажаними, корисними, такими що ведуть до позитивних результатів з позицій окремих учасників процесу, інших осіб. Було б неправильним ігнорувати цю обставину, акцентувати увагу на негативних наслідках помилок. Тому серед наслідків помилок в кваліфікації злочинів можна виділити:

1) позитивні (для окремих осіб);

2) негативні.

Позитивними наслідками помилок в кваліфікації злочинів виступають ті наслідки, які:

- з позиції обвинуваченого, його захисника – ведуть до інкримінування статті про менш тяжчий злочин;

- з позиції потерпілого ведуть до застосування норм про більш тяжкий злочин;

- з точки зору особи, яка проводить дізнання, веде досудове слідство тягне за собою передачу справи для іншого органу і зменшення службового завантаження;

- з позиції керівників правоохоронних органів - ведуть до покращення статистичних показників. Крім того, розслідування особливо тяжких злочинів перебуває на контролі у МВС України та Генеральній прокуратурі України. Тому кваліфікація злочину як такого, що не відноситься до категорії особливо тяжкого, дозволяє уникнути цього контролю.

Наведені положення (їх перелік можна продовжити) по-перше, в певній мірі пояснюють чому учасники процесу, керівники правоохоронних органів часто не зацікавлені у виявленні та усуненні помилок; по-друге, показують, що наслідки помилок в кваліфікації злочинів часто межують, а то й співпадають з наслідками зловживань при кваліфікації злочинів[[194]](#footnote-194).

Проте, на перше місце слід таки поставити наслідки помилок в кримінально-правовій кваліфікації, які характеризують їх з позиції інтересів держави і суспільства. При такому підході аналізовані помилки завжди шкідливі і небажані.

## 13.2 Види неправильної кримінально-правової кваліфікації

Критерії виділення видів неправильної кримінально-правової кваліфікації

Неправильне застосування кримінального закону може бути поділене на види за різноманітними підставами. Видається, що найбільше практичне значення має виділення видів неправильного застосування кримінального закону за суб’єктивним ставленням до своїх дій та їх наслідків осіб, що допустили неправильність; наслідками, які тягне неправильне застосування закону; змістом; можливостями виправлення

Види неправильного застосування кримінального закону за суб’єктивним ставленням до своїх дій

Неправильне застосування кримінального закону може бути поділене на види з врахуванням ставлення особи, яка застосовує закон до своїх дій та їх наслідків, або, інакше кажучи, за формами вини з якими вчиняється неправильне правозастосування. Оскільки право знає лише дві форми вини, то існують лише два види неправильного застосування закону:

1) умисне, тобто зловживання при правозастосування, зокрема, зловживанні у кваліфікації;

2) необережне - помилки при правозастосуванні, в т.ч. помилки у кваліфікації.

Всі інші види неправильного застосування закону (включаючи і неправильну кваліфікацію) “вписуються” у якийсь із вказаних вище, а не становлять собою окремого самостійного виду. Тобто, або зловживання, або ж помилку, а не якийсь третій вид, становить собою неправильна кваліфікація:

- “із запасом”;

- здійснена внаслідок реалізації положень, які містяться у нормативно-правових актах;

- проведена відповідно до положень, викладених у постановах Пленуму Верховного Суду України, поширених ним узагальненнях і оглядах судової практики, листах до керівників апеляційних судів;

- викликана виконанням обов’язкових вказівок вищестоящих інстанцій чи органів (начальника слідчого відділення, прокурора, суду);

- обумовлена некритичним ставленням до положень, викладених у наукових публікаціях;

- яка становить собою “наслідування” рішень, прийнятих раніше в аналогічних справах.

Однак, дати характеристику названим підвидам неправильного правозастосування, вказати, які з них відносяться до зловживань, а які до помилок можна буде лише після характеристики цих основних видів неправильної кваліфікації.

Помилки у кримінально-правовій кваліфікації

Помилки у кваліфікації злочинів, як вище відзначалося, вже були предметом наукового дослідження[[195]](#footnote-195). В літературі детально проаналізовано їх поняття, наслідки, види, а також фактори, які зумовлюють кваліфікаційні помилки та міри щодо їх виявлення, усунення та попередження. Розроблені в теорії кримінального права положення, які стосуються помилок у кваліфікації злочинів в цілому видаються правильними і такими, які можуть бути поширеними і на поняття більш широкого рівня - помилки у кримінально-правовій кваліфікації.

Помилки у кримінально-правовій кваліфікації характеризуються тим, що:

1) **становлять собою вид неправильного застосування кримінального закону**. Звідси випливає, що такі помилки характеризуються усіма ознаками вказаного родового поняття (які поширюються як на помилку, так і на зловживання при кваліфікації):

- отримують зовнішню форму виразу у певному процесуальному документі;

- факт неправильного застосування кримінального закону юридично зафіксований;

- за своїм змістом неправильне застосування кримінального закону полягає у посиланні на статті КК, які не підлягають застосуванню або ж, навпаки, не використанні статей КК, які мають бути застосовані;

- соціально-політична сутність неправильного застосування кримінального закону виражається в тому, що це небажане для суспільства явище, якому слід усіляко запобігати і протидіяти.

2) **вчиняються через необережність або ж є наслідком невинних дій**[[196]](#footnote-196). Саме у суб’єктивному ставленні до вчинюваних дій та їх наслідків виражаються видові ознаки, які, які виражають специфіку саме цього виду неправильного застосування закону.

Інтерпретуючи ознаки необережності, закріплені в КК та вироблені теорією кримінального права критерії випадку (казусу) можна констатувати, що помилка у кримінально-правовій кваліфікації може бути допущена:

- через *самовпевненість*, коли особа, яка здійснює кваліфікацію, припускає, що вона неправильно застосовує кримінальний закон, але легковажно розраховує, що така неправильність буде виправлена іншими службовими особами чи юрисдикційнми органами. Видається, що це, зокрема, має місце при кваліфікації “із запасом” (про що детальніше буде сказано далі);

- внаслідок *недбалості*, при якій правозастосовувач не усвідомлює неправильність своїх дій по застосуванню кримінального закону, проте може і повинен це передбачити. Певно, що внаслідок недбалості вчиняється переважна більшість кваліфікаційних помилок, включаючи помилки, викликані неповним встановленням фактичних обставин справи чи недостатнім знанням кримінального закону, некритичним ставленням до обов’язкових вказівок вищестоящих інстанцій чи органів, а також до положень, викладених у наукових публікаціях, слідуванням раніше прийнятим в аналогічних справам рішеннях тощо;

- *випадково.* Тоді особа не усвідомлює факту неправильної кваліфікації, і або не може, або не повинна цього усвідомлювати. Є підстави припускати (і це буде деталізовано далі), що про неправильну кваліфікацію внаслідок випадку можна вести мову тоді, коли відповідні правозастосовні рішення вчинені у зв’язку з реалізацією положень, які особа вважає обов’язковими для використання в ході кваліфікації. Разом із тим слід зауважити, що наявність певних нормативного характеру чи індивідуальних (у конкретній справі) вказівок, неправильність яких усвідомлюється особою, яка здійснює кваліфікацію, дає підстави вважати, що їх виконання становить собою не помилку чи випадок, а є зловживанням.

Зловживання при кримінально-правовій кваліфікації

Неправильна кримінально-правова кваліфікація може бути результатом не лише помилки, але й прямих зловживань при її проведенні. Різниця між помилками та зловживаннями полягає, головним чином, у суб’єктивному ставленні до результатів своєї діяльності особи, яка здійснює кваліфікацію.

Наслідки ж неправильної кримінально-правової кваліфікації, обумовленої як помилками, так і зловживаннями, по суті тотожні. Врешті-решт, вони зводяться до того, що або покращується кримінально-правове становище особи, дії якої кваліфікуються, або ж погіршується.

Не секрет, що переважна більшість зловживань при кваліфікації обумовлена корупційними проявами - підкупом з боку осіб, дії яких кваліфікуються або їх представників, близьких. Тому найчастіше неправильна кваліфікація полягає у інкримінуванні статей про менш небезпечні злочини, виключенні кваліфікуючих ознак, застосуванні норм про незакінчений злочин і т.п. Наслідком цього є застосування більш “м’яких” статей КК, відповідно - пом’якшення відповідальності в різних формах.

Випадки виявлення зловживань при кваліфікації вкрай рідкі. Взагалі одиничними є факти засудження осіб, які проводять дізнання, слідчих, прокурорів, суддів за зловживання в ході службової діяльності. Тим більш по суті не виявляється фактів неправильної кваліфікації. Недоказанність умислу щодо неправильної кваліфікації веде до того, що чи не всі випадки такої кваліфікації (якщо вона виправляється) оцінюються як помилки.

Про фактичну ж поширеність зловживань при кримінально-правовій кваліфікації можна лише здогадуватися. Але здогадки далеко не безпідставні. Так, неважко припустити, що внаслідок дії закону великих чисел кількість помилок, наслідком яких є погіршення і покращення становища особи мала б бути рівною. Однак, матеріали опублікованої практики та дослідження вчених свідчать, що переважно зміни кваліфікації спрямовані на покращення становища підслідних, підсудних чи засуджених осіб - вони становлять 2/3 від усіх випадків зміни кваліфікації в наступних процесуальних стадіях. Неважко здогадатися, чим же все це обумовлено - адже “просять” переважно не про притягнення до відповідальності чи її суворість, а, навпаки.

Кваліфікація “із запасом”

Нерідким в правозастовній, переважно слідчо-прокурорській практиці, є таке явище, яке звичайно називають кваліфікація “із запасом”, чи “завищенням кваліфікації”. Його сутність полягає у кваліфікації скоєного за статтею (статтями) КК, які передбачають більш тяжкий злочин, ніж фактично вчинений.

Прояви кваліфікації “із запасом” різноманітні. Це, зокрема:

- інкримінування статті Особливої частини КК, яка передбачає більш тяжкий злочин (наприклад, кваліфікація грабежу чи вимагання як розбою);

- застосування статті КК, яка передбачає простий чи кваліфікований вид злочину за умови, що підлягає застосуванню стаття, яка передбачає норму про привілейований вид цього ж злочину;

- посилання при кваліфікації на частину (пункт) статті, яка містить кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки, що в даному випадку відсутні;

- кваліфікація за сукупністю статей Особливої частини КК, тоді як фактично посягання охоплюється однією із статей (наприклад, вчинення опору працівникові міліції в ході хуліганства кваліфікується за відповідними частинами ст.296 КК та одночасно ст.342 КК, хоча таке хуліганство повністю охоплюється ч.3 ст.296 КК);

- оцінка скоєного як злочину, вчиненого на більш пізній стадії (як закінченого злочину, коли має місце лише замах або готування чи як замаху при наявності готування);

- визначення наявності більш високої форми співучасті (зокрема, як злочину, вчиненого організованою групою, тоді коли насправді мало місце посягання, вчинене групою осіб за попередньою змовою);

- незастосування норм, які передбачають обставини, що виключають злочинність діяння.

Так чи інакше, кваліфікація “із запасом” завжди означає погіршення становища особи, дії якої оцінюються, потенційно веде до застосування до неї більш суворого покарання та (чи) інших кримінально-правових і процесуальних наслідків.

Кваліфікація “із запасом” звичайно здійснюється у випадках, коли слідчий сумнівається в тому, як же слід кваліфікувати скоєне і здійснює своєрідну підстраховку на випадок зміни кваліфікації під час подальшого руху кримінальної справи. Адже кримінально-правова кваліфікація, дана на досудовому слідстві, може бути змінена прокурором чи судом. Причому, процесуальне правило про “заборону повороту до гіршого” що без повернення справи для проведення додаткового розслідування кваліфікація може бути змінена лише за умови, що це не пов’язане з обвинуваченням у більш тяжкому злочині. Якщо ж кваліфікація заздалегідь “завищена”, то навіть її зміна прокурором при затвердженні обвинувального висновку в сторону пом’якшення не тягне за собою негативних наслідків для подальшого “руху” кримінальної справи.

Таким чином, можна констатувати, що *приводом* для кваліфікації “із запасом” є існування положень, закріплених в КПК України, які регламентують межі зміни кваліфікації прокурором затвердженні обвинувального висновку та в ході судового розгляду кримінальної справи. Слід підкреслити, що саме приводом, а не *причиною*, оскільки кваліфікація “із запасом” відображає недостатній рівень фахової майстерності того, хто її здійснює.

Кримінально-процесуальні помилки

Неправильне рішення з питань кримінально-правової кваліфікації може бути обумовлене помилками, допущеними ще в ході визначення фактичної підстави кваліфікації, тобто, неправильним встановленням фактичних обставин справи. Як вже відзначалося, правильність правової характеристики скоєного залежить від того, наскільки точно і повно визначений сам предмет, який їй підлягає. При цьому оцінка фактичних обставин повинна бути завершеною і залишитись незмінною на момент кваліфікації.

Якщо ж встановлені нові докази чи дана інша оцінка вже існуючим, то змінюється об’єкт кваліфікації, її слід проводити заново, раніше проведена кваліфікація не може вважатися правильною і щодо таких нових фактичних даних. Хоча цілком можливо, що і після отримання нових доказів у справі кваліфікація не зміниться. Це можливо за умови, що такі докази не пов’язані з встановленням ознак складів інших злочинів, кваліфікуючих чи привілеюючих ознак, зміною у визначення стадії вчинення злочину і т.д. Наприклад, під час розслідування виявиться, що крадіжка чужого майна вчинена не в Івана, а в Степана.

В ході встановлення фактичних обставин справи, їх оцінки також можливі неточності, неповнота, іншого роду помилки. Однак вони не відносяться до помилок у кримінально-правовій кваліфікації, а становлять собою процесуальні помилки, оскільки:

- такі помилки допущені в ході встановлення підстав кримінально-правової кваліфікації, тобто, ще до початку процесу кваліфікації. Кваліфікація ж здійснюється щодо вже встановлених фактичних обставин справи;

- вони обумовлені неправильним застосуванням норм не матеріального кримінального права, а процесуальних норм.

Крім того, кримінально-правова кваліфікація підлягає процесуальному оформленню, в ході якої також можуть мати місце певні відхилення від вимог, регламентованих КПК України. Наприклад, у формулюванні звинувачення вказуються не всі епізоди вчинення злочинів, які встановлені у справі, або ж зміни у кваліфікацію здійснені неуповноваженим на те суб’єктом.

Звідси випливає, що поряд з помилками в кримінально-правовій кваліфікації існують і процесуальні помилки. Вони відрізняються від помилок у кримінально-правовій кваліфікації не лише за змістом, але й за правовими наслідками, за порядком їх встановлення та виправлення.

Суб’єкт помилок в кримінально-правовій кваліфікації

Очевидно, що помилки у кримінально-правовій кваліфікації можуть допустити лише ті суб’єкти, які уповноважені на її проведення. Це - працівники органів дізнання, слідчі, прокурори і судді. Їх діяльність, в тому числі і та, яка полягає у допущенні помилок, здійснюється у передбаченій законом процесуальній формі, а самі помилки отримують свій зовнішній вираз у відповідних процесуальних документах.

Тому не можна вважати помилками у кваліфікації неправильну кримінально-правову оцінку, здійснену тими особами чи органами, які самі не здійснюють відповідну діяльність, а лише покликані сприяти їй чи пов’язані з нею. Наприклад, не є помилкою у кримінально-правовій кваліфікації діяльність адвоката, який в апеляції оспорює рішення суду й пропонує застосувати щодо даного випадку не “потрібну”, а іншу кримінально-правову норму.

Від суб’єктів помилок у кваліфікації слід відрізняти осіб, які є суб’єктами виявлення і виправлення таких помилок. Це службові особи органів, які керують діяльністю органів дізнання чи досудового слідства, здійснюють провадження у кримінальній стадії на наступних стадіях кримінального процесу.

Ознаки помилки у кримінально-правовій кваліфікації

Проведена вище характеристика помилок у кримінально-правовій кваліфікації дає змогу виділити їх найбільш істотні ознаки та згрупувати такі ознаки. В літературі пропонується помилками в кваліфікації злочинів вважати таку діяльність, яка характеризується певними критеріями:

1) **формалізованим виразом**. Помилка здійснена відповідним суб’єктом і отримала зовнішню форма виразу у певному процесуальному документі;

2) **змістовним**. Вони полягають в неправильному застосуванні кримінального закону;

3) **соціально-психологічним**. Помилка носить ненавмисний характер, водночас є шкідливою для інтересів держави і суспільства;

4) **юридичним**. Його підтверджує наявність процесуального акту, яким зафіксовано наявність помилки[[197]](#footnote-197).

Вказані критерії цілком поширюються і щодо більш загальної категорії - помилок у кримінально-правовій кваліфікації.

Все викладене вище дає підставу запропонувати таке визначення:

**Помилка в кримінально-правовій кваліфікації – це вид помилки в застосуванні кримінального закону, який є наслідком ненавмисних упущень працівників правозастосовних органів і полягає в інкримінуванні особі порушень статей кримінального закону, які вона насправді не допускала, або ж, навпаки незастосуванні статей, які передбачають фактично вчинене нею діяння, що зафіксовано в винесених пізніше процесуальних документах.**

## 

## 13.3. Нормативні фактори неправильної кримінально-правової кваліфікації

Види факторів неправильної кваліфікації

Неправильна кримінально-правова кваліфікація викликається цілим рядом факторів - юридичних, психологічних, організаційних тощо. Не супиняючись на тих із них, які вже більш-менш детально аналізувалися в літературі[[198]](#footnote-198), зупинимося на тих із них, які пов’язані з наявністю певних нормативних приписів чи якістю правових актів, що підлягають застосуванню в ході кваліфікації діяння.

Неправильна кваліфікація як результат реалізації нормативних положень

В цілому ряді галузевих (не кримінально-правових) нормативних актів наводяться положення, які мають відношення до кримінально-правової кваліфікації. По суті, це вказівки на те, як має бути застосований кримінальний закон у певних типових ситуаціях. Причому, далеко не всі з них заслуговують на схвалення. Чи не найбільш одіозний приклад – це ст. 17 Закону України від 23 вересня 1997 р. “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів”, яка передбачає, що відповідальність за скоєння злочину проти журналіста у зв’язку з виконанням ним професійних обов’язків або перешкоджання його службовій діяльності прирівнюється до відповідальності за скоєння таких же дій проти працівника правоохоронного органу[[199]](#footnote-199). На момент прийняття цього закону це означало вказівку кваліфікувати відповідні діяння за ст.ст. 1891 -1895, 1901 КК 1960 р. Враховуючи, що це положення формально не відмінене і після набрання чинності новим КК 2001 р. (при тому, що після 1 вересня 2001 р. зміни у Закон “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів” вносилися чотири рази), можна припустити наявність нормативної вказівки щодо кваліфікації посягань проти життя, здоров’я, власності журналістів, перешкоджання їх професійній діяльності за статтями розділу ХУ Особливої частини КК “Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об’єднань громадян”.

Неприйнятність такого рішення очевидна. Насамперед, наяву очевидна колізія між вказаним законом та статтями чинного КК, які передбачають перешкоджання професійній діяльності журналістів як окремий злочин (ст.171 КК). Крім того, журналістів за жодних обставин не можна віднести до працівників правоохоронних органів. Ці положення видаються настільки очевидними, що на них навіть не варто окремо зупинятися. Тим більше, що можна вважати ст.17 Закону “Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів”(в частині, яка стосується відповідальності за споєння злочину проти журналіста) такою, що втратила чинність у зв’язку з прийняттям нового КК України.

Такі ж за суттю вказівки містяться і в цілому ряді інших нормативно-правових актів. Так, в ч.3 ст.5 Указу Президента України від 4 березня 1998 р. №167/98 “Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунки з бюджетами та державними цільовими фондами” вказується, що відчуження платником податків майна та майнових прав, які перебувають у податковій заставі без письмової згоди органів державної податкової служби визнається ухиленням від сплати податків. Аналогічне положення міститься і в ст.8 (підпункт 8.6.4) Закону України “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетом і державними цільовими фондами”. Виходячи з цих актів Міністерство юстиції України своїм листом №21-41-698 від 25 червня 2001 р. взяло на себе сміливість роз’яснити, що вказані дії тягнуть відповідальність, передбачені статтею 1482 КК України 1960 р.[[200]](#footnote-200)

Пропоноване щодо кваліфікації рішення викликає заперечення як за формою, так і за змістом. Не випадково Пленум Верховного Суду України в п.4 своєї постанови від 26 березня 1999 р. №5 вказав, що відчуження посадовою особою майна або майнових прав, що перебувають у податковій заставі, вчинене без письмової згоди органів державної податкової служби за місцем знаходження платника податків, має кваліфікуватися не за ст.1482 КК, як ухилення від сплати податків, а за ст.165 чи іншими статтями КК України 1960 р., які передбачають відповідальність за посадові злочини. Позиція, викладена у вказаних Указі Президента України та Законі піддана обґрунтованій критиці в літературі[[201]](#footnote-201).

Перелік прикладів, коли в нормативно-правових актах, які не відносяться до кримінального законодавства, містяться вказівки щодо кримінально-правової оцінки певних діянь, можна продовжувати і продовжувати. І так само можна знаходити серед них положення, які є неприйнятними з точки зору кримінального закону, загальновизнаних теоретичних позицій, підходів практики. Водночас, особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя, проводячи кримінально-правову кваліфікацію опиняються у двозначній ситуації. З одного боку, вони змушені підкорятися закону чи підзаконному акту і кваліфікувати скоєне так, як вимагається у тому чи іншому нормативно-правовому акті. З іншого ж - розуміючи неприйнятність певного формально обов’язкового рішення з питань кваліфікації й проявляючи самостійність, здійснюючи кваліфікацію відповідно до вимог теорії і практики кримінального права, самостійно тлумачачи норми КК, правозастосовувач йде на порушення іншого закону, указу, постанови.

Близькими за характером до вище проаналізованих є вказівки щодо кваліфікації, які містяться в інших актах нормативного характеру. Йдеться про такі квазінормативні акти, як постанови Пленуму Верховного Суду України, роз’яснення з питань застосування кримінального закону, які містяться в листах керівників судових органів та правоохоронних відомств, узагальненнях та оглядах судової та слідчо-прокурорської практики.

Так чи інакше, кримінально-правову кваліфікацію, яка здійснена відповідно до вимог нормативно-правового акта, хоча б згодом вона й була змінена, не можна відносити до зловживань. Відповідна правозастосвна діяльність становить собою помилку у кваліфікації. Адже дії, вчинені на виконання чинного нормативно-правового акта за жодних умов не можна вважати умисними. Особа, яка виконує нормативні вимоги не передбачає суспільно небезпечний характер своєї поведінки.

Водночас, у тому випадку, коли особа, яка здійснює кваліфікацію, знає про колізію між вимогами КК та іншого нормативно-правового акта і надає пріоритет останньому, вона передбачає можливість настання негативних наслідків від неправильного застосування кримінального закону. В такому випадку є підстави вважати, що здійснюється необережне посягання.

Недосконалість кримінального закону як визначальний фактор помилок у кримінально-правовій кваліфікації

Результати опитувань працівників органів дізнання, слідчих, прокурорів та суддів, показує, що серед факторів, які стоять на заваді правильній кримінально-правовій кваліфікації, викликають помилки при її проведенні, на чільне місце необмінно ставиться недосконалість кримінального закону. Так, за даними, отриманими Т.М.Марітчаком в ході опитування майже двох сотень осіб, які здійснюють кримінально-правову кваліфікацію, неясність і суперечливість законодавства на перше місце серед причин і умов помилок у кваліфікації поставили 32,5% опитаних, на друге - 19%[[202]](#footnote-202). Звісно, до цих даних треба ставитися критично. Правильним видаються думки вказаного автора, що помилки у кваліфікації психологічно зручніше пояснювати об’єктивними факторами, ніж тими, які залежать від тебе самого, та що оцінка законодавства як неясного та суперечливого тісно пов’язана з рівнем юридичних знань, у осіб, які проводять кваліфікацію. Якщо у працівників, що кваліфікують злочин, недостатній рівень знань, робить висновок Т.М.Марітчак, то чинне законодавство, звичайно, буде видаватися їм неясним і суперечливим[[203]](#footnote-203).

Разом із тим, доволі очевидним є те, що при самому уважному і кваліфікованому підході до чинного кримінального закону, в ньому є немало положень, які не піддаються однозначному сприйняттю та оцінці, а, тим самим, породжують помилки в кримінально-правовій кваліфікації. Таким чином, неправильне визначення однієї з передумов кваліфікації тягне за собою неправильну правову оцінку скоєного, хоча б фактичні обставини справи й були встановлені точно.

Поняття та види колізій в чинному КК і їх вплив на помилки у кваліфікації

Серед недоліків чинного кримінального законодавства, які у вирішальній мірі впливають на правильність його застосування, на першому місці, перебуває його внутрішня суперечливість - колізійність. Під колізією звичайно розуміють таке співвідношення між двома чи більше нормами, коли вони спрямовані на регламентацію одного і того ж питання, але по різному його вирішують. Тому застосування однієї норми виключає застосування іншої, з кількох норм, які перебувають у колізії слід визначити якусь одну, яка є чинною. Колізія відрізняється від конкуренції норм, коли вони між собою не суперечать, можуть існувати одночасно.

Типовими видами колізії є *темпоральна* (між раніше діючим і чинним нормативно-правовим актом), *ієрархічна* (між нормативними актами різної юридичної сили), *територіальна* (між актами держави і окремих адміністративно-територіальних одиниць), *міжнародно-правова* (між актами внутрідержавного законодавства і міжнародно-правовими актами). В теорії та на практиці давно (ще з часів римського права) вироблені правила подолання такого роду колізій, які є загальновідомими і загальновизнаними. Серед них ті, які встановлюють, що пріоритет мають норми, які містяться в нормативно-правових актах:

- прийнятих з цього ж питання пізніше;

- більш високої юридичної сили;

- загальнодержавних;

- міжнародно-правових.

Ситуації ж, які виникають при колізії комплексного характеру - коли поєднуються різні її види, загалом не породжують особливих проблем для будь-якого грамотного юриста. Наприклад, навряд чи в кого виникає сумнів, що норми інструкції, навіть прийнятої пізніше, не повинні суперечити нормі закону, а якщо така суперечність має місце, то керуватися слід лише законом.

Однак, трапляються і колізії в межах окремого нормативно-правового акта. Аналіз КК України 2001 р. показує, що в ньому є види колізії, які не вписуються в жоден із звичних її видів. Це колізії між нормами:

1) Загальної і Особливої частини КК;

2) між назвами розділів і їх змістом, між назвами статей і їх диспозиціями:

3) між окремими нормами Особливої частини КК.

Наявність колізій між статями одного і того ж закону обумовлена використанням понять різного ступеня узагальнення, які не узгоджуються об’ємом. До вирішення таких колізій не можуть бути застосовані вже існуючі правила подолання суперечностей між різними нормами, адже всі статті містяться в одному і тому ж законі, рівні за юридичною силою, прийняті, здебільшого, одночасно. До того ж, в колізії можуть перебувати не різні норми, а різні статті, кожна з яких містить складові однієї і тієї ж кримінально-правової норми. Тут слід шукати та обгрунтовувати інші правила. Поки що вони теорією кримінального права не вироблені, слідчо-прокурорською та судовою практикою - не апробовані, на законодавчому рівні - не регламентовані.

Звідси випливає, що суперечливість між статтями одного і того ж КК дає великий простір для появи помилок у кримінально-правовій кваліфікації, утруднює їх виявлення і робить проблематичним - виправлення. Адже один юрист може приймати рішення з питань кваліфікації, беручи за основу одну статтю, інші - ту, яка передбачає зовсім не таке вирішення питання, і жоден із них вправі бути переконаним у своїй правоті, помилковою ж вважати не своє, а саме інша рішення.

В цілому ж слід констатувати, що наявність колізій між нормами одного і того ж нормативно-правового акта є неприпустимим явищем. Суперечливість же між нормами різних галузей, а тим більше, між нормами однієї і тієї ж галузі законодавства свідчить про його недоліки. Такі недоліки доводиться долати в ході правозастосування, слід попереджувати в ході правотворчості, усувати під час вдосконалення законодавства.

Колізії між статтями Загальної та Особливої частини КК

Аналіз чинного КК показує, що цілий ряд положень, викладених у статтях його Загальної частини явно не відповідає положенням Особливої частини. Причому, мова йде не лише про термінологічну неузгодженість, дрібні “помарки”, які не перешкоджають правильному застосуванню закону, а й про значні розбіжності, які стосуються самої суті положень, регламентованих у нормах, які перебувають у відносинах колізії.

Неузгодженість між окремими нормами Особливої частини КК в цілому не перешкоджає їх правильному застосуванню. Адже кожна із цих норм відносно автономна, може застосовуватися незалежно від іншої. Тому, наприклад, неодноразово вказана в літературі невідповідність між визначенням поняття *вбивства* в ч.1 ст.115 КК як лише умисного діяння і використання цього ж терміна в ст.119 КК для позначення відповідного необережного злочину, мабуть, не стає на заваді кваліфікації відповідних посягань та призначенню за них покарання.

Принципово інша ситуація має місце при колізії між положеннями, які викладені в статтях Загальної і Особливої частини КК. Відомо, що вони не застосовуються самостійно, у відриві від інших. Тому суперечність між ними ставить питання про необхідність визначення, якою ж нормою - Загальної чи Особливої частини КК слід керуватися в конкретному випадку, якій із них віддати перевагу.

Можна навести цілий ряд конкретних прикладів різного підходу законодавця до вирішення одних і тих же питань в статтях Загальної та Особливої частини КК. Для наглядності та чіткості викладу вони відображені в таблиці:

**Таблиця: Суперечності між статтями Загальної та**

**Особливої частини КК**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Положення Загальної частини** | **Положення Особливої частини КК** | **В чому полягає невідповідність** |
| Ч.2 ст.11. Не є злочином дія або бездіяльність, яка... не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди. | Частини другі статей 359, 363, 382, 410, 424, а також ч.3 ст.362 КК передбачають відповідальність за кваліфіковані види злочинів, кваліфікуючою ознакою передбачено заподіяння істотної шкоди | З порівняння диспозицій різних частин вказаних статей Особливої частини КК випливає, що в частинах перших передбачена відповідальність за діяння, які не заподіяли істотної шкоди, а, отже, в силу ч.2 ст.11 КК вони не є злочинами. |
| Ч.2 ст.18 КК: Спеціальним суб’єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, *суб’єктом* якого може бути лише певна особа | В статтях Особливої частини спеціальні ознаки суб’єкта стосуються лише *виконавця злочину* | Поняття суб’єкта злочину охоплює не лише виконавця, але й інших співучасників. Не існує злочинів, суб’єктом якого може бути лише певна особа - є злочини, виконавцем яких може бути лише певна особа. |
| Ч.6 ст.27 КК: Особи, які вчинили ці діяння [заздалегідь не обіцяне переховування злочину] підлягають відповідальності *лише у випадках, передбачених статтями 198 та 396 цього Кодексу.* | Ч.1 ст.256 КК: Заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності... | В Особливій частині передбачена відповідальність за випадок, який виходить за межі переліку, визначеного статтею Загальної частини. |
| Ч.4 ст.28 КК: Злочини визнається вчиненим злочинною організацією, ...члени якої за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності *з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів*... | Ч.1 ст.255 КК: створення злочинної організації *з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину*...  Ст.257 КК: Організація озброєної банди *з метою нападу...,* участь у такій банді *чи вчинюваному нею нападі* | В Загальній частині наявність злочинної організації пов’язується з метою вчинення кількох злочинів, а в Особливій - і одного. |
| Ч.1 ст.32 КК: Повторністю злочинів визнається вчинення двох або більше злочинів, передбачених *тією самою статтею або частиною статті* Особливої частини цього Кодексу | Примітка 1 до ст.185 КК: У статтях 185, 186 та 189 - 191 повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила *будь-який із злочинів, передбачених цими статтями або статтями 187, 262* цього Кодексу. | В Загальній частині під повторністю розуміють повторність тотожних злочинів, в Особливій - також однорідних. Тобто, Особлива частина визначає повторність ширше, ніж Загальна. |
| Ч.1 ст.33 КК: Сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених *різними статтями або різними частинами однієї статті* Особливої частини цього Кодексу... | Існують випадки кваліфікації злочинів, передбачених *однією і тією ж статтею Особливої частини*, але з посиланнями чи без посилання на статті Загальної частини. Наприклад, крадіжка, вчинена повторно і замах на крадіжку, вчинену повторно однією і тією ж особою (ч.2 ст.185 КК, ч.2 ст.15-ч.2 ст.185 КК). | Можлива сукупність злочинів, передбачених не різними, а однією і тією ж нормою Особливої частини КК - поєднання повторності із сукупністю злочинів. |
| Ч.2 ст.59 КК: Конфіскація майна встановлюється лише за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини... | Санкції статей Особливої частини КК про злочини, які не відносяться до тяжких чи особливо тяжких, де передбачена конфіскація: ч..1,2 ст.176, ч.1,2 ст.177, ч.1,2,3 ст.204, ч.1,2 ст.208, ч.1 ст.209, ч.2 ст.216, ч.2 ст.240, ч.1,2 ст.244, ст.246, ч.1,2 ст.248, ч.1,2 ст.249, ч.1,2,3 ст.300, ч.1,2 ст.301, ч.1 ст.332, ст.334 КК.  Санкції статей Особливої частини, де передбачена конфіскація майна щодо злочинів, які можуть вчинятися з різних мотивів: ч.2,3 ст.149, ч.1,2 ст.201, ч.1,2 ст.208, ч.2 ст.209, ч.3 ст.212, ч.2 ст.216, ч.1,2 ст.244, ст.246, ч.1,2 ст.248, ч.1,2 ст.249, ст.257, ч.1,2,3 ст.300, ч.1,2,3 ст.301, ч.1,2,3 ст.305, ч.3 ст.311, ч.2 ст.317, ч.1,2 ст.332, ст.334, ч.3 ст.364, ч.2 ст.369, ч.1,2 ст.446 КК. | Конфіскація майна (спеціальна конфіскація - знарядь і засобів вчинення злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом, предметів злочину) передбачається і щодо злочинів, які не відносяться до тяжких чи особливо тяжких.  Конфіскація майна передбачена щодо злочинів, які можуть бути вчинені як з користі, так і з інших мотивів. |

Загальні засади визначення співвідношення між статями Загальної та Особливої частини КК

Інколи стверджують, що статті Особливої частини КК можуть і не відповідати, не бути строго підпорядкованими щодо статей його Загальної частини, що Особлива частина кримінального законодавства розвиває і уточнює Загальну частину, а відповідні норми перебувають у співвідношенні *загальної* та *спеціальної.* На цій основі робиться висновок, що у випадку невідповідності між ними питання кваліфікації і призначення покарання слід вирішувати так, як це випливає зі статей Особливої частини КК. Погодитися з таким підходом не можна, оскільки:

- співвідношення *загальної* і *спеціальної* норм далеко не тотожне співвідношенню *загального* і *особливого.* Перше характеризує співвідношення норм за об'ємом та відмінність у колі випадків, які охоплюються кожною із ним, друге - виражає взаємозв'язок окремих сторін одного і того ж явища, взаємодоповнення ознак, які стосуються єдиної норми;

- концепція про співвідношення *загальної* і *спеціальної* норм може бути застосована лише щодо правових норм, які в цілому виражені в статтях як Загальної, так і Особливої частини КК. Тому не можна говорити про те, що в такому співвідношення знаходяться положення, які виражені окремо в статтях Загальної і Особливої частин КК. Адже в жодній із таких статей не викладена правова норма повністю;

- положення Особливої частини КК щодо положень Загальної частини цього закону перебувають у відносинах субординації, вони не можуть виходити за межі того, що визначено Загальною частиною КК. Це випливає, перш за все, з розуміння Загальної частини як того, що “винесене за дужки” з усіх норм кримінального закону, що спільне, однакове для відповідних норм Особливої частини;

- виділення певного законодавчого матеріалу в Загальну частину служить не лише суто технічним потребам - уникнути повторень, скоротити обсяг закону. Це має куди більш глибокий зміст - задекларувати і закріпити найбільш принципові положення, встановити чіткі рамки, в яких мають вирішуватися часткові питання. Загальна частина КК виступає запорукою того, що при встановленні відповідальності за окремі злочини і її реалізації не будуть порушуватися обмеження, вироблені в ході багатовікового розвитку права, будуть дотримані гарантії прав особи, щодо якої застосовується кримінальний закон, реалізуються принципи даного нормативно-правового акта. Інакше, виділення Загальної частини КК, за великим рахунком, втрачає своє значення.

З викладеного випливає, що Загальна частина КК має пріоритет над Особливою частиною. Це стосується як питань законотворчості, та і правозастосування. Інакше кажучи, законодавець зобов’язаний так формулювати статті Особливої частини КК, щоб вони не виходили за межі, не входили у суперечність зі статтями Загальної частини; *особа ж, уповноважена на застосування кримінально-правових норм мусить при виявленні колізії між частинами одного і того ж закону вирішувати певні питання так, як цього вимагає Загальна частина КК.*

Шляхи усунення колізій між Загальною і Особливою частиною КК в ході його вдосконалення

Колізії повинні усуватися з КК шляхом внесення до нього змін. Однак, це процес непростий і внесення найближчим часом більш-менш масштабних змін до закону, прийнятого внаслідок складного, тривалого, нерідко конфліктного процесу кодифікації кримінального законодавства України чекати не доводиться. Це, однак, не виключає необхідності розробки шляхів, якими можуть усуватися колізії між Загальною і Особливою частиною КК.

Так, в Загальній частині КК можна викласти загальне правило про те, що в регламентація злочинності та караності окремих злочинів в Особливій частині КК може відрізнятися від вирішення відповідних питань в Загальній частині. Тобто, йдеться про проголошення можливості розбіжностей між Загальною та Особливою частиною одного й того ж самого закону. Однак, по суті, це означає декларування необов’язковості Загальної частини, за великим рахунком, її непотрібність. Враховуючи, що ступінь досконалості кримінального законодавства (як і будь-якої іншої галузі законодавства) багато в чому визначається тим, наскільки розвинутою є його Загальна частина, що саме в Загальній частині закріплюються найбільш важливі, принципового характеру питання, піти на такий крок не уявляється можливим.

Ще один прийом подолання колізій може полягати в тому, що такого роду положення можуть міститися в окремих статтях Загальної частини. Викласти їх можна шляхом застережень типу “За винятком випадків, передбачених статтями Особливої частини цього Кодексу”.

Тоді, як загальне правило, буде прийняте те, що Особлива частина підпорядковується Загальній частині КК, регламентує питання відповідальності в межах, визначених нею. Однак, щодо вирішення певних питань допускається відхід від правил, унормованих в Загальній частині КК. Наприклад, ознакою злочинної організації визнаватиметься наявність в ній трьох чи більше учасників, окремі ж види таких організації, зокрема, банда, матиме місце і тоді, коли вона утворена двома суб’єктами.

Таке рішення також не видається бездоганним. Адже при його реалізації:

- все одно буде підірване значення Загальної частини КК як сукупності положень, що поширюються на всю Особливу частину;

- враховуючи динамічний характер кримінального законодавства, те, що зміни та доповнення переважно вносяться в статті Особливої частини КК проблематично визначити коло випадків, щодо яких регламентація у Загальній та Особливій частині КК повинна відрізнятися;

- вимагаються чіткі і однозначні формулювання в Особливій частині для того, щоб можна було визначити чи в конкретному випадку слід виходити з положень загальної частини чи має місце виняток. Сучасний же рівень законотворчості не дає підстав сподіватися на те, що відповідні норми будуть викладені належним чином. Крім того, це приведе до необхідності перехрестних посилань між статтями Загальної і Особливої частин КК й збільшення обсягу нормативно-правового акта в цілому.

Виходячи з викладеного, найбільш вдалим способом усунення аналізованих колізій видається зміни в статтях Загальної та Особливої частини КК - такі їх формулювання, при яких відповідні питання регламентувалися б на основі єдиних вимог. Ці зміни можуть і повинні стосуватися:

- статей Загальної частини - розширення об’єму викладених там понять з тим, щоб вони охоплювали всі випадки, передбачені статтями Особливої частини КК. Так, доцільно змінити поняття повторності злочинів в ст.32 КК, передбачивши, що нею визнається вчинення двох або більше злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті, а у випадках, передбачених Особливою частиною цього Кодексу, і різними її статтями. Що ж до статті, яка регламентує конфіскацію майна (ст.59 КК), то в ній слід вказати, що так звана спеціальна конфіскація застосовується щодо злочинів будь-якого ступеня тяжкості. А ще краще, інститут спеціальної конфіскації взагалі регламентувати в Кримінально-процесуальному кодексі України, а в КК передбачити лише загальну конфіскацію - як вид покарання;

- статей Особливої частини - звуження об’єму понять, які там застосовані і зведення їх до тих, які містяться в Загальній частині КК. Так, поняття злочинної організації в ст.255 КК, банди в ст.257 КК належало б викласти так, щоб не викликало сумнівів, що вони створені для вчинення щонайменше двох тяжких чи особливо тяжких злочинів. Якщо ж законодавець притримується іншої позиції щодо ознак злочинного співтовариства, то йому належить внести зміни в ч.4 ст.212 КК.

Невідповідність між назвами розділів і їх змістом, між назвами статей і їх диспозиціями

Невідповідність між назвами структурних елементів КК та диспозиціями відповідних статей недоліком, наявність якого констатувалася і щодо раніше діючого КК[[204]](#footnote-204), який має місце і в КК 2001 р. Прикладів може бути наведено більш ніж достатньо, на окремі з них вже зверталася увага в публікаціях[[205]](#footnote-205).

Звісно, не всі з них містять в собі потенційне джерело помилок у кримінально-правовій кваліфікації. Однак, не виключено, що в окремих випадках, доведеться зустрітися з випадками, коли різнобій між структурними частинами однієї і тієї ж статті Особливої частини КК приведе до неправильного застосування закону. Одіозний, як видається, приклад, викладемо у формі таблиці, де простим курсивом виділена вказівка на предмет посягання, курсивом півжирним - на предмет, вказаний лише у назві:

**Таблиця: Невідповідність між назвою і диспозицією статті Особливої частини КК**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Номер статті КК** | **Назва статті** | **Диспозиція** |
| Ст. 200 | Незаконні дії з *документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків,* ***обладнанням для їх виготовлення*** | Підробка *документів на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків*, а так само придбання, зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту *підроблених документів на переказ чи платіжних карток* або їх використання чи збут. |

Як видно, відповідне обладнання передбачене як предмет лише в назві статті, в диспозиції ж про нього немає прямої вказівки. В зв’язку з цим виникає питання, чи настає відповідальність за ст.200 КК (як за закінчений злочин) у випадку наприклад, перевезення з метою збуту обладнання для виготовлення платіжних карток?

Видається, що в подібних випадках слід виходити з таких засад:

- назва структурного елементу закону призначена, головним чином, для полегшення пошуку відповідного розділу, статті;

- такі назви не визначають зміст кримінально-правових норм, не є частиною самої норми;

- назви можуть лише додатково використовуватися для визначення змісту термінів, які використано в диспозиції статті КК;

- кримінальна відповідальність настає лише за умови, що встановлені обов’язкові ознаки складу злочину, які вказані у диспозиції статті КК.

З викладеного випливає правило, що  *у випадку невідповідності між назвою статті КК і її диспозицією слід віддавати пріоритет диспозиції статті.*

Колізії між окремими статтями, частинами статей Особливої частини КК

Доводиться констатувати і існування колізій між окремими статтями чи частинами статей Особливої частини КК. Це, зокрема, має місце щодо частин статей, які містять забороняючи норму та норму, яка передбачає звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці. Так, в ч. 1 ст.111 КК передбачено, що державна зрада полягає у вчиненні принаймні однієї з трьох дій:

1) перехід на бік ворога;

2) шпигунства;

3) надання допомоги... в проведенні підривної діяльності проти України.

Диспозиція вказаної статті не дає підстав вважати, що державна зрада полягає у самих по собі контактах з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками, отриманні злочинного завдання. Така поведінка становить собою або ж виявлення умислу на вчинення злочину, передбаченого ч.1 ст.111 КК, або ж готування до нього. Але аж ніяк не закінчений злочин.

В той же час, з ч.2 ст.111 КК, де передбачені умови звільнення від кримінальної відповідальності за державну зраду, випливає, що вона підлягає застосуванню і тоді, коли громадянин України “на виконання злочинного завдання... ніяких дій не вчинив”. Однак, в такому випадку цей громадянин не вчинив закінченого злочину, не виникли підстави для відповідальності, немає від чого його звільняти. Сам же текст частини статті, яка передбачає звільнення від кримінальної відповідальності при даному виді позитивної посткримінальної поведінки вказує на те, що законодавець виклав норму так, що різні частини цієї статті суперечать одна одній.

Видається, що в таких випадках потрібно керуватися принципом, відповідно якого всі неясності, суперечливості закону вирішуються на користь особи, щодо якої застосовується кримінальний закон. Тому, *у випадку колізій між різними частинами статей, окремими статтями Особливої частини КК слід застосовувати статтю, її частину, яка найбільш “сприятлива” для особи, дії якої кваліфікуються.*

Тлумачення термінів в тексті КК як засіб запобігання помилкам у кримінально-правовій кваліфікації

Важливе значення для правильного застосування кримінального закону відіграє встановлення змісту термінів, з використанням яких сконструйовані диспозиції статей КК. При цьому доволі очевидно, що найкращим способом цього є визначення значення відповідних термінів самим законодавцем в тексті закону. Для законів та інших нормативно-правових актів, які приймаються останніми роками характерним є наявність окремих глав (розділів) чи, принаймні, статей, присвячених визначенню термінів, які використовуються в цьому акті. Причому вони розташовуються на самому початку нормативно-правових актів.

В КК 2001 р. це не було зроблено - окремого “термінологічного” розділу в ньому немає. Це, однак, не означає, що відповідним питанням увага не приділяється. - **визначенням понять присвячуються спеціальні статті (здебільшого - в Загальній частині КК), описові диспозиції статей Особливої частини та примітки до них**. Причому кількість приміток в КК 2001 р. істотно зросла (до 34 проти 22 в КК 1960 р.).

**Окремі поняття в КК роз’яснюється завдяки тому, що в назвах і диспозиціях статей використовуються нетотожні терміни.** Так, в назві ст.348 КК йдеться про *посягання на життя* працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, а в диспозиції ч.1 цієї статті без використання терміна «посягання на життя» названі дії, які охоплюються ним - *вбивство або замах на вбивство* перелічених осіб. Аналогічним чином визначене це поняття також в ст.379 та 400 КК. Такий спосіб визначення понять далекий від досконалості, бо просте використання різних термінів без будь-якого натяку на наявність у цьому дефініції робить закон малозрозумілим, наштовхує на думку про надлишковість використаної в ньому термінології. Тим більше, що в ст.112 «Посягання на життя державного чи громадського діяча» це поняття не розкривається ніяк, і в назві і в диспозиції цієї статті використаний один і той же термін.

Ще один із прийомів, які використовуються в новому КК, для розкриття змісту термінів, полягає в тому, що **певний термін вказується у дужках одразу ж після означуваного поняття**. Це має місце стосовно як Загальної, так і Особливої частини КК. Причому, дужки використовуються для:

1)визначення понять шляхом переліку. Наприклад: діяння (дія або бездіяльність) - ст.ст.11, 15, 24, 25 КК; радіоактивних матеріалів (джерел іонізуючого випромінювання, радіоактивних речовин або ядерних матеріалів в будь-якому фізичному стані в установці або виробі чи в іншому вигляді) - ст.265 КК;

2) вказівки на інший термін, тотожний за значенням означуваному **-** зустріч (сходка) - ст.255 КК, вартова (вахтова) служба - ст.418 КК.**;**

3) позначення терміну, яким розкривається наявне визначення. Так в новому КК (як і в КК 1960 р.) визначаються, зокрема, поняття крадіжки, грабежу, розбою, мародерства **;**

4) вказівки на термін, який позначає рівнозначне поняття. Наприклад, виконавець (співвиконавець) - ст.27 КК, усиновлення (удочеріння) - ст.ст.149, 168, 169 КК; виконання (невиконання) - ст.206 КК; легалізація (відмивання) - ст.209 КК;

5) розкриття змісту терміну, якщо зміст поняття, позначеного одним і тим же терміном, відрізняється. Наприклад, декілька (два або більше) - ч.1 ст.28 КК; декілька (три або більше) - ч.3,4 ст.28 КК.

6) обмеження змісту поняття, позначеного певним терміном. Це, наприклад, має місце у виразі: вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської) - ст.262 КК;

7) розширення змісту поняття, позначеного певним терміном. Наприклад: ухилення від навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів - ст.337 КК.

Розкриття змісту термінів способом, про який йдеться, видається прийнятним далеко не для всіх випадків. Адже відомо, що текст, який подається в дужках, не повинен змінювати значення всього виразу. Або, іншими словами, відсутність того, що вказане в дужках, не впливає на загальний зміст написаного. В той же час в статтях Загальної і Особливої частини КК 2001 р. в дужках нерідко міститься інформація, яка істотно змінює зміст поняття.

Крім того, в багатьох випадках терміни, подані в дужках обрані невдало. Наприклад, в назвах розділу ХУІ Особливої частини та статті 361 КК міститься роз’яснення, суть якого полягає в тому, що *електронно-обчислювальна машина* є тим же самим, що й *комп’ютер.* Однак, далеко не кожна така машина охоплюється поняттям *комп’ютер*- наприклад, калькулятор, електронний касовий апарат є електронно-обчислювальними машинами, але аж ніяк не комп’ютерами. Та й на сьогодні термін *електронно обчислювальна машина* є архаїчним, який, мабуть, ніде крім нового КК і не використовується.

Також не викликає сумніву невдалість підходу, згідно з яким один і той же термін використовується в різних значеннях, як це має щодо терміну «декілька» стосовно окремих форм спіучасті у злочині.

В цілому ж можна констатувати, що незважаючи на те, що багато кримінально-правових термінів отримали своє визначення безпосередньо в тексті КК, встановлення значення немалої їх кількості залишено на розсуд теорії кримінального права та правозастосовної практики.

Правила тлумачення кримінально-правових норм як засіб запобігання помилкам в кваліфікації

Тлумачення значної кількості термінів в самому КК як щойно відзначено, поєднується з ситуацією, при якій переважна їх більшість повинні з’ясовуватися в ході тлумачення кримінально-правових норм. Разом із тим, аналіз показує, що немало помилок у кримінально-правовій кваліфікації пов’язана з неправильним встановленням змісту норм КК, які підлягають застосуванню. В свою чергу це обумовлене відсутністю в кримінальному законі правил тлумачення термінів і термінологічних зворотів, які використані в його тексті:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Відсутність в КК правил тлумачення його норм** | → | **Неправильне встановлення змісту кримінально-правових норм** | → | **Помилки у кримінально-правовій кваліфікації** |

В той же час закріплення таких правил на законодавчому рівні не тільки необхідне з точки зору становлення законності, з врахуванням практики правозастосування, але й цілком можливе з врахуванням сучасних досягнень теорії кримінального права.

Одним із багатьох правил тлумачення кримінального закону, які заслуговують на те, щоб набрати форму і статус правових норм, виражене у формулюванні: **“Однакові терміни в різних статтях КК мають однаковий зміст”.** Інша сторона цього правила полягає у тому, що *поняття, значення яких визначене у законі чи є загальновизнаним стосовно тих чи інших злочинів, таке ж значення мають і щодо інших злочинів, якщо в диспозиціях статей Особливої частини КК використані однакові терміни.*

Наведене положення в певній мірі стосується принципу заборони аналогії в кримінальному законі. З одного боку, воно підриває цей принцип. Адже, по суті, йдеться про те, що визначення кримінально-правових термінів повинні за аналогією застосовуватися в різних статтях КК, зокрема і тих, щодо яких вони прямо не сформульовані. З іншого ж боку, наведене положення стоїть на заваді поширювального тлумачення кримінального закону і його застосування за аналогією. Для ілюстрації викладеного наведемо такий приклад. В кримінальному законі диференційована відповідальність за різні посягання щодо чужого майна, зокрема в окрему статтю виділене таке діяння, як привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї (ст.193 КК). Це вказує на те, що законодавець розмежовує поняття викрадення майна, як дії, що полягають у його вилученні з чужого володіння і заволодіння майном, яке вибуло з під панування володільця будучи, наприклад, загубленим. Стосовно офіційних документів, штампів, печаток такої диференціації не проводиться, в диспозиції ст.357 КК серед суспільно небезпечних діянь названі викрадення, привласнення, вимагання, заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, знищення, пошкодження чи приховування. З цього випливає висновок, що ст.357 КК не охоплює будь-які дії щодо документів, які були знайдені чи випадково опинилися у особи. Застосування цієї статті за заволодіння знайденими офіційними документами означатиме заборонену КК аналогію закону про кримінальну відповідальність.

До правил тлумачення кримінально-правових термінів і термінологічних зворотів без якого важко обійтися, відноситься і те, яке стосується **встановлення значення понять, які містяться у так званих відкритих переліках**. Мова йде про випадки, коли в диспозиції статті Особливої частини КК названо кілька ознак, а далі є формулювання типу «або іншим чином» (ч.1 ст.157 КК), «інше грубе порушення» (ч.1 ст.374 КК), «інші тяжкі наслідки» (ч.2 ст.272 КК). В теорії кримінального права і на практиці зустрічаються досить вільні тлумачення таких понять, коли під «іншими» розуміють діяння чи наслідки, які кардинально відрізняються від наведених у переліку. Для того, щоб запобігти надто широкому тлумаченню таких ознак, яке є передумовою застосування закону за аналогією, варто було б закріпити в законі положення, що в таких випадках діяння, наслідки чи інші ознаки, вважаються однорідними з тими, які прямо названі в диспозиції статті КК. Наприклад, порушення законодавства про референдум «іншим чином» може полягати лише у використанні способів, спрямованих на волю і свідомість громадянина, який вправі взяти участь у референдумі, оскільки способи вчинення такого злочину, прямо названі в ч.1 ст.160 КК, полягають у вчиненні саме таких дій. Водночас, не може бути віднесене до порушення законодавства про референдум підпал дільниці для голосування, знищення документів референдуму, відмова зареєструвати ініціативну групу з проведення референдуму.

Важливу роль для забезпечення правильної кваліфікації відіграє правило, відповідно якого **кримінально-правові поняття не підлягають поширювальному тлумаченню**.

Перелік правил тлумачення кримінального закону, які повинні були б бути закріплені на законодавчому рівні може бути продовжений.

# 14. Зміна кримінально-правової кваліфікації

В ході досудового слідства і судового розгляду кримінальної справи нерідко виникає потреба змінити кримінально-правову кваліфікацію діяння, яка була дана раніше і зафіксована в процесуальних документах. В зв’язку з цим виникає немало питань, які, зокрема, стосуються:

- правових підстав внесення змін до кваліфікації;

- кола осіб, які вправі ініціювати зміни до кваліфікації та приймати відповідні рішення;

- меж, в яких можуть здійснюватися відповідні зміни на кожній із стадій кримінального процесу;

- наслідків проведених змін для осіб, дії яких кваліфікуються, та інших учасників процесу, кримінальної справи в цілому (зокрема, її підслідності та підсудності);

- процесуального оформлення внесення змін до кваліфікації;

- юридичної долі процесуальних документів, винесених щодо кваліфікації цього ж діяння раніше;

- оцінки ситуацій, при наявності яких закон не передбачає внесення змін до кваліфікації.

Ці питання переважно не отримали належного висвітлення в літературі, щодо більшості з них не вироблена однозначна позиція в правозастосовній практиці, що породжує труднощі в практичній діяльності і, відповідно, помилки при розслідуванні та судовому розгляді кримінальних справ. Ситуація ускладнюється тим, що кримінально-процесуальне законодавство прямо не регламентує вирішення більшості із них, його новели - зміни до КПК України, прийняті відповідно до Законів України від 21 червня 2001 р. та 12 липня 2001 р. - з одного боку, розширюють можливості внесення змін до кримінально-правової кваліфікації в ході судового розгляду кримінальної справи судом без повернення її на додаткове розслідування, а з іншого - по суті забороняє виправляти виявлені помилки у кваліфікації скоєного, якщо про це не клопочуться учасники процесу. Ці законодавчі нововведення поки що достатньо глибоко не висвітлені в літературі, з приводу їх реалізації висувається немало дискусійних положень.

Внесення змін до кримінально-правової кваліфікації - типова і поширена дія, яка здійснюється чи не по кожній кримінальній справі, в багатьох - неодноразово. Принаймні, матеріали опублікованої судової практики свідчать, що рідко який апеляційний чи касаційний розгляд кримінальної справи не пов’язаний із констатацією того, що певні статті КК інкриміновані “надлишково” чи, навпаки, не застосовані до підсудного, що неправильно визначена частина статті кримінального закону, допущені помилки у визначенні стадії вчинення злочину або форми співучасті тощо. Все це вимагає внесення змін до раніше проведеної кваліфікації, відповідного процесуального оформлення. Поточне вдосконалення кримінального законодавства, а тим більше, введення в дію нового КК пов’язане з переглядом десятків тисяч кримінальних справ і перекваліфікацією скоєного - приведенням кримінально-правової оцінки відповідно до вимог чинного закону, якщо він набув зворотної дії. Не буде перебільшенням твердження про те, що зміни до кваліфікації доводиться робити так же часто (якщо не частіше), ніж первинно кваліфікувати скоєне.

Як не можна навчитися шити, не навчившись пороти, не можна будувати, якщо не вмієш розбирати щойно зведене, так і забезпечувати давати правильну кримінально-правову оцінку скоєного навряд чи можна, якщо не знати і не вміти як вносити зміни до кваліфікації. Тому питання про зміни до кримінально-правової кваліфікації є не надуманим і схоластичним, а самим життєвим і прикладним, вирішувати їх необхідно чітко і послідовно.

Дотримання законності при внесенні змін до кримінально-правової кваліфікації прямо й безпосередньо пов’язане з забезпеченнями прав всіх учасників процесу, інтересів держави і суспільства. Зміни до кримінально-правової кваліфікації повинні здійснюватися з врахуванням всіх принципів її проведення, врешті-решт сама необхідність внесення змін спрямована на забезпечення реалізації таких принципів. Врешті-решт важливо не стільки те, щоб була дана правильна кримінально-правова оцінка діяння на початку кримінального процесу, скільки забезпечення точної, повної, індивідуалізованої кваліфікації на його завершальних стадіях.

Вказані обставини і обумовлюють актуальність самостійного аналізу питань, які стосуються змін кримінально-правової кваліфікації. В своїй основі вони стосуються тієї частини теорії кримінально-правової кваліфікації, яка межує (чи є частиною) науки кримінального процесу. Це, однак, не виключає висвітлення відповідних питань і в праці з питань кваліфікації.

## 14.1 Поняття і підстави зміни кримінально-правової кваліфікації

Поняття змін кримінально-правової кваліфікації

Для вказівки на зміни до кримінально-правової кваліфікації в теорії кримінального права і процесу, в правозастосовній практиці використовують різні терміни: *“перекваліфікація”, “доповнення кваліфікації”, “уточнення кваліфікації”, “розвиток кваліфікації”, “конкретизація кваліфікації”, “виправлення кваліфікації”* тощо. Так чи інакше, але всі вони позначають одне і те ж поняття, виражають виправлення, поправку, переміну того, що було проведене раніше, існуючого, поворот до нового.

Оскільки таким існуючим раніше і новим є кримінально-правова оцінка діяння, то зміни якраз і стосуються такої оцінки.

Аналіз показує, що зміни до кримінально-правової кваліфікації характеризуються такими рисами:

1) **наявність попередньої (предикатної) кваліфікації** цього ж діяння, яка була здійсненна в відповідному процесуальному порядку, закріплена у документі, який набрав чинності. Про зміну можна вести мову лише тоді, коли було що міняти, коли є об’єкт, який підлягає зміні. Очевидно, що коли попередня кримінально-правова оцінка діяння не була завершена, процесуально не оформлена, не набула обов’язковості, то про зміну кваліфікації говорити не доводиться;

2) **прийняття нового процесуального акта, яким кваліфікація змінена**. Водночас, внесення будь-яких змін пов’язане із запереченням існуючого раніше. Тому зміни до кримінально-правової кваліфікації тягнуть за собою визнання нечинною кримінально-правову оцінку діяння, яка проводилася раніше. Відповідно, втрачають своє юридичне значення попередні формула кваліфікації та формулювання обвинувачення.

3) **створення формули кваліфікації та формулювання обвинувачення, які відрізняються від попередніх**. Кримінально-правова оцінка діяння - як існуюча раніше, так і нова виражена у формулі кваліфікації та формулюванні звинувачення. Звідси випливає, що зміна до кваліфікації означає не що інше, як створення нової такої формули, фіксація нового формулювання звинувачення.

4) **зміни до кваліфікації є результатом діяльності уповноважених на те службових осіб**. Відповідні зміни можуть проводити або ж ті особи, які здійснювали первинну кваліфікацію, або ж інші службові особи, як цього самого, так і іншого правозастосовного відомства.

Підстави зміни кваліфікації

На перший погляд можна зробити висновок, що зміни кримінально-правової кваліфікації пов’язані з виправленням виявлених помилок чи зловживань при її проведенні. Однак це, виступає лише однією з підстав зміни кваліфікації, насправді їх перелік значно ширший.

В ході вибору кримінально-правової норми, яка підлягає застосуванню, звичайно висувається і перевіряється не одна гіпотеза, "перебирається" багато норм. Однак до того часу, поки рішення про правову норму, яка має бути застосована до конкретного випадку, не відображене в процесуальних документах, кваліфікацію не можна вважати такою, що відбулася, і відповідно не виникає питання про її зміну. В літературі справедливо відзначається, що з юридичної точки зору до зміни кваліфікації відносяться не зміни в припущеннях (версіях) про можливу правову норму, яка підлягає застосуванню, які послідовно виникають в свідомості слідчого прокурора і судді при розслідуванні і розгляді кримінальної справи, а лише зміни, що відображаються в процесуальних документах[[206]](#footnote-206) Наявність же належно процесуально оформленої кваліфікації, передбачає, що вона проведена відповідно до певних підстав, з використанням існуючих правил кваліфікації. Змінити кваліфікацію - означає не що інше, як спростувати презумпцію правильності раніше проведеної кримінально-правової оцінки діяння. Для цього потрібно або довести, що використані неналежні підстави кваліфікації, або що не враховані чи неправильно враховані правила кваліфікації, або що мали місця помилки чи зловживання при її проведенні.

Розглядаючи питання про зміну кваліфікації, В.Н.Кудрявцев вказує, що вони можуть бути викликані трьома обставинами: 1) тим, що змінилися фактичні обставини справи, на підставі яких дана кваліфікація скоєного; 2) тим, що в процесі розслідування чи розгляду справи в суді змінився кримінальний закон; нарешті, 3) тим, що виправляється помилка у застосуванні закону, не пов'язана з зміною закону чи фактичних даних[[207]](#footnote-207). В цілому можна погодитися з наведеними підставами зміни кваліфікації. Однак це не виключає можливості та необхідності уточнення і доповнення переліку підстав зміни кримінально-правової кваліфікації. До речі, частина із них випливає з подальших міркувань вказаного вченого.

Так, такою підставою очевидно виступає не зміна фактичних обставин справи - самі по собі факти об'єктивної дійсності, які мали місце в минулому змінюватися не можуть, а зміна обсягу процесуально встановленої інформації про ці факти. Далі, підставою для зміни кваліфікації є не будь-яка зміна кримінального закону, а лише така, внаслідок якої новий кримінальний закон набуває зворотної сили. Тобто, як вже відзначалося при аналізі принципу повноти кримінально-правової кваліфікації, за новим законом, який пом'якшує караність діяння (обмежує відповідальність, передбачає більш м'яке покарання, іншим чином поліпшує становище особи) мають бути кваліфіковані і діяння, які вчинені до його вступу в силу. Причому потребує уточнення і ще одне положення, наведене В.Н.Кудрявцевим. Зміна кваліфікації може бути здійснена й у справах, де вироки вже винесені. Оскільки ст.5 КК не обмежує зворотну силу закону лише якимось певним часом, то вона поширюється на весь період, аж до припинення кримінально-правових відносин, тобто, за пануючою в теорії кримінального права позицією, до моменту погашення чи зняття судимості. Вимагає доповнення і положення про те, що підставою для зміни кваліфікації може бути помилка в застосуванні закону. Очевидно, що такою підставою виступає не лише помилка, а й виявлені зловживання працівників, які здійснюють кримінально-правову кваліфікацію. Нарешті, серед підстав зміни кваліфікації потрібно назвати й таку, яка пов'язана із зміною правил кваліфікації того чи іншого діяння. Така підстава не охоплюється жодною із перелічених В.Н.Кудрявцевим, але на користь її врахування як самостійної можна навести конкретні аргументи.

Взагалі-то правила кримінально-правової кваліфікації змінюватися не повинні. Це, як видається, випливає з усього викладеного вище. Адже те, що конкретні правила кваліфікації базуються на найбільш загальних положеннях - принципах, їх об'єктивний характер, наукова обгрунтованість, абстрагованість таких правил від вирішення конкретних питань саме і свідчить на користь їх стабільності. Однак життя завжди багатше теоретичних побудов і схем. Значна частина правил кваліфікації окремих злочинів викладена в постановах Пленуму Верховного Суду України. Останні ж не відзначаються особливою стабільністю, зате є обов'язковими для судів та посадових осіб інших правозастосовних органів.

Зміни в правилах кваліфікації в розрізі питань, які зараз розглядаються, можуть бути поділені на а) застосування яких погіршує становище особи, діяння якої кваліфікуються і б) застосування яких покращує становище цієї особи. До першої групи відносяться зокрема, вказівки про кваліфікацію скоєного за сукупністю норм, відповідне тлумачення оціночних понять, певного роду вказівки щодо розмежування злочинів. І, навпаки, застосування правил, відповідно з якими діяння охоплюються не кількома, а однією статтею кримінального закону, про відсутність потреби вміняти певні кваліфікуючі ознаки складу злочину, про необхідність вмінення статті про менш небезпечний злочин тощо означає поліпшення кримінально-правового становища особи.

Наприклад, п.7 постанови Пленуму Верховного Суду України №12 від 27 грудня 1985 р. "Про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень" в початковій редакції та в редакції з врахуванням змін, внесених постановою Пленуму від 4 червня 1993 р. №3, передбачав, що умисне знищення чи пошкодження державного, колективного або приватного майна, вчинене внаслідок перевищення влади або посадових повноважень, підлягають кваліфікації за сукупністю ст.166 КК і статей КК, які передбачають відповідальність за злочини проти державної і колективної чи приватної власності [маються на увазі статті КК України 1960 р.]. Цей же пункт (в частині, що стосується кваліфікації знищення або пошкодження майна внаслідок перевищення влади або посадових повноважень) в редакції постанови Пленуму від 3 грудня 1997 р. №12 викладений так: "Якщо перевищення влади або посадових повноважень виявилося у умисному знищенні чи пошкодженні" державного, колективного або індивідуального майна громадян без обтяжуючих обставин (ч.1 ст.89, ч.1 ст.145 КК), то такі дії охоплюються ст.166 КК і додаткової кваліфікації за статтями про злочини проти державної, колективної або приватної власності не потребують". Таким чином, запроваджене нове правило кваліфікації, яке покращує становище особи, оскільки не передбачається додаткове інкримінування статей Особливої частини, які передбачають знищення або пошкодження майна, вчинене без кваліфікуючих ознак.

По суті, зміни в обов'язкових правилах кваліфікації мають таке ж значення, як і зміни в законі. Тому є підстави вважати, що їх слід враховувати, виходячи з тих же засад, що і зміни в законі. Тобто, якщо нове правило передбачає погіршення становища особи, то його застосувати лише при кваліфікації діянь, які вчинені після набрання чинності цим правилом. В тому ж випадку, коли нове правило передбачає покращення становища особи, то його визнавати підставою для зміни кримінально-правової кваліфікації. Щоправда, на сьогодні кримінально-процесуальне законодавство не передбачає процедури такої зміни. Видається, що це є його прогалиною, яка повинна бути усунута.

Таким чином, можуть бути виділені такі підстави зміни вже проведеної і зафіксованої в процесуальних документах кваліфікації:

- встановлені нові фактичні обставини справи, які мають кримінально-правове значення, або ж навпаки, ті обставини, які раніше приймалися до уваги при кваліфікації, визнані недоведеними;

- змінився кримінальний закон в сторону пом'якшення відповідальності. Такий закон має зворотну силу;

- допущена помилка при попередній кваліфікації;

- встановлені зловживання посадових осіб, допущені при кваліфікації діяння;

- змінилися обов'язкові правила кваліфікації.

**Зміна фактичної підстави кваліфікації і її наслідки**

**Зміни в кримінальному законі як підстава для зміни кваліфікації**

**Усунення помилок чи зловживань у кваліфікації як підстава для її зміни**

**Значення запровадження нових правил кваліфікації**

## 14.2 Межі зміни кримінально-правової кваліфікації

Межі зміни кваліфікації - недопустимість повороту до гіршого.

Відповідно до чинного законодавства, за загальним правилом, зміна кваліфікації можлива лише в сторону покращення становища обвинуваченого чи підсудного, тобто на норму Особливої частини, яка передбачає менш тяжкий вид злочину. Якщо ж в ході розслідування чи розгляду справи виникає потреба кваліфікувати скоєне за нормою, яка передбачає більш тяжкий вид злочину (вмінити статтю КК, яка передбачає більш суворе покарання, притягти до відповідальності не за простий, а за кваліфікований вид злочину), то справа має бути повернута на попередню стадію - пред'явлене нове звинувачення, повернута для проведення додаткового розслідування тощо.

Ст.365 КПК: Вирок, ухвала чи постанова суду першої інстанції перевіряється апеляційним судом в межах апеляції.

**Залежно від стадії процесу**

**Зміни в напрямку погіршення / покращення становища особи, дії якої кваліфікуються**

**Процесуальний порядок змін**

## 14.3 Наслідки зміни кримінально-правової кваліфікації

**Види наслідків:**

1) за змістом:

- позитивні;

- негативні.

2) за суб’єктом, якого стосуються зміни:

- особа, дії якої кваліфікуються;

- потерпілий;

- інші учасники процесу;

- держава та її органи;

3) кримінально-процесуальні:

- підслідність;

- підсудність;

4) матеріально-правові:

- покарання;

- звільнення від кримінальної відповідальності;

- амністія;

- звільнення від покарання;

- призначення покарання.

Вплив зміни кримінально-правової кваліфікації на форму провадження у кримінальній справі та підслідність

Чинне кримінально-процесуальне законодавство передбачає різні форми провадження на досудових стадіях кримінального процесу:

1) **досудове слідство**, яке є типовою формою провадження і здійснюється в переважній більшості кримінальних справ;

2) **протокольна форма досудової підготовки матеріалів** - передбачена щодо справ про 22 види злочинів, вичерпний перелік яких наведений в ст.425 КПК України;

3) **притягнення до кримінальної відповідальності не інакше, як за скаргою потерпілого** - здійснюється щодо 3 видів злочинів, вказаних у ч.1 ст.27 КПК України. В таких випадках дізнання і досудове слідство не проводяться, справа так званого приватного звинувачення порушується судом.

Таким чином, форма провадження на досудових стадіях процесу прямо обумовлена кваліфікацією скоєного. В ході провадження на досудових стадіях кримінального процесу буде виявлено необхідність зміни кваліфікації на статтю Особливої частини КК, справи про які мають іншу форму провадження. В таких випадках *провадження в існуючій формі має бути припинене й прийняте процесуальне рішення про початок провадження у формі, яка передбачена законом для даної категорії справ.* Наприклад, розглядаючи скаргу про нанесення побоїв в порядку приватного звинувачення, суддя може прийти до висновку про те, що скоєне хуліганство. В такому випадку він повинен не виносячи рішення по суті скарги, винести постанову про направлення матеріалів до органів досудового слідства для вирішення питання про порушення кримінальної справи за статтею про злочин публічного звинувачення і проведення досудового слідства чи провадження за протокольною формою досудової підготовки.

Проведення досудового слідства в свою чергу пов’язане з визначенням підслідності - того, слідчий апарат якого органу повинен провадити досудове слідство. Як передбачене ст.112 КПК України, в основі визначення підслідності справ слідчим прокуратури, органів внутрішніх справ, податкової міліції, органів Служби безпеки України також перебуває кваліфікація діяння за статтею Особливої частини КК.

Чинне кримінально-процесуальне законодавство прямо не регламентує, як мають вирішуватися питання підслідності у випадках, коли в ході розслідування виявиться необхідність зміни раніше проведеної кваліфікації. В ч.5 ст.112 КПК України лише передбачено, що при встановленні в ході досудового слідства (у справах, які розслідуються слідчими податкової міліції) 18 видів інших злочинів, пов’язаних зі злочинами, вчиненими особою, щодо якої ведеться слідство, вони розслідуються слідчими податкової міліції. Ще одна частина цієї статті (ч.7) передбачає повноваження прокурора визначити підслідність у випадках, коли в ході розслідування буде встановлено інші злочини, не підслідні органу, який здійснює у справі досудове слідство, і матеріали про які не можна виділити в окреме провадження.

Очевидно, що *в таких випадках прокурор не вправі залишити розслідування органу, до підслідності якого не віднесено відповідний злочин, а зобов’язаний передати всю справу тому органу, який компетентний його розслідувати.*

При вчиненні однією особою кількох злочинів, які підслідні різним органам, або об’єднанні у одній кримінальній справі поєднаних між собою злочинів різних осіб (наприклад, ухилення від оподаткування і сприяння діяльності терористичної групи), виникають *колізії щодо підслідності, які мають вирішуватися шляхом передачі справи слідчому прокуратури - органу, який має універсальну підслідність.*

Підсудність і зміна кваліфікації

Кримінально-процесуальне законодавство вирішення питань підсудності пов’язує з:

- місцем вчинення злочину (*територіальна підсудність*);

- кваліфікацією діяння за статтею (статями) Особливої частини КК (*родова підсудність*).

В зв’язку з відповідною кваліфікацією діяння апеляційні суди як суди першої інстанції розглядають справи про злочини, передбачені 16 статтями Особливої частини КК (злочини, передбачений ст.112 КК підпадає під цю категорію водночас за двома підставами):

**Таблиця: Справи про злочини, які розглядають апеляційні суди**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття, частина статті Особливої частини КК** | **Назва злочину, його вид злочину** | **Підстава для розгляду справи апеляційним судом** |
| Ст.109 | Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади | П.1 ч.1 ст.34 КПК України - злочини проти основ національної безпеки. |
| Ст.110 | Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України |
| Ст.111 | Державна зрада |
| Ст.112 | Посягання на життя державного або громадського діяча |
| Ст.113 | Диверсія |
| Ст.114 | Шпигунство |
| Ст.112 | Посягання на життя державного або громадського діяча | П.2 ч.1 ст.34, п.3 ч.2 ст.36 КПК України - справи про злочини, за які передбачена можливість призначення покарання у вигляді позбавлення волі |
| Ч.2 ст.115 КК | Умисне вбивство при кваліфікуючих ознаках |
| Ч.3 ст.258 КК | Терористичний акт, що призвів до загибелі людини |
| Ст. 348 КК | Посягання на життя працівника правоохоронного органу... |
| Ст.379 КК | Посягання на життя судді... |
| Ст.400 КК | Посягання на життя представника чи захисника особи... |
| Ч.4 ст.404 КК | Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов’язків, пов’язані з умисним вбивством |
| Ч.2 ст.438 КК | Порушення законів та звичаїв війні, поєднане з умисним вбивством |
| Ч.2 ст.439 КК | Застосування зброї масового знищення, якщо воно спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки |
| Ч.1 ст.442 КК | Геноцид |
| Ч.1 ст.443 КК | Посягання на життя представника іноземної держави |

Апеляційні суди розглядають справи осіб, якщо хоча б один із злочинів, які інкримінуються, кваліфікований за вказаними статтями Особливої частини КК. Вказаним судам підсудні і справи про всі інші злочини, якщо вони включені до однієї і тієї ж справи. В той же час місцеві суди не вправі розглядати справи про злочини, які підсудні лише апеляційним судам.

При цьому підсудність визначається на момент направлення прокурором справи до суду (ст.232 КПК) та попереднього розгляду справи (п.1 ч.1 ст.237 КПК).

З викладеного випливає, що *будь-які зміни в кваліфікації, які мають місце при розгляді справи апеляційним судом, на підсудність не впливають. В той же час встановлення того, що справа не підсудна місцевому суду тягне за собою рішення, передбачене п.4 ст.244 КПК України - про направлення справи за підсудністю.*

Зміна кваліфікації в ході досудового слідства

В ході досудового слідства питання про зміну кваліфікації постає неодноразово. Звичайно це пов’язано зі встановленням нових фактичних обставин справи чи новою оцінкою вже відомих доказів. Оскільки внаслідок цього змінюється фактична підстава кримінально-правової кваліфікації, то й сама юридична оцінка скоєного може зазнати змін.

На початкових стадіях кримінального процесу зміна кваліфікації майже нічим не обмежена. Не становить особливих складнощів і процесуальний порядок прийняття такого рішення.

Кваліфікацію може змінити сам працівник органу дізнання або слідчий, який кваліфікував це ж діяння раніше. Процесуальні дії, які вчиняються при цьому, залежать від того, в чому полягає зміна кваліфікації:

- *якщо скоєне і далі оцінюється як злочин, то слід заново пред’явити звинувачення* - за статтею, яка передбачає діяння, яке інкримінується. Причому це слід робити як тоді, коли змінюється кваліфікація на статтю про більш тяжкий злочин, так і за умови перекваліфікації “в напрямку пом’якшення”;

- *коли діяння оцінюється як таке, що не становить собою злочину, то виноситься постанова про закриття кримінальної справи чи направлення матеріалів для прийняття відповідного рішення до суду*. Вид процесуального рішення та документи, які при цьому складаються, залежать від підстав закриття кримінальної справи - реабілітуючи (коли справа закривається постановою слідчого) чи нереабілітуючих (з таких підстав кримінальні справи закриваються судом).

Зміна кваліфікації в ході досудового слідства може бути здійснена і з ініціативи осіб, які контролюють хід досудового слідства - прокурора та начальника слідчого відділення. Відомо, що рішення з питань кримінально-правової кваліфікації слідчий приймає самостійно, він не повинен погоджувати її з прокурором чи іншим органом. Разом із тим, закон передбачає:

- здійснення прокурорського нагляду за проведенням досудового слідства, який включає в себе і нагляд за правильністю правової оцінки скоєного;

- контроль начальника слідчого відділу за проведенням досудового слідства, зокрема за кваліфікацією злочину.

Прокурор і начальник слідчого відділу наділені повноваженнями давати слідчому вказівки про кваліфікацію злочину (ч.2 ст.114, ч.2 ст.1141, п.3 ч.1 ст.227 КПК України). Виконання таких вказівок якраз і передбачає внесення змін до кваліфікації, раніше проведеної самим слідчим. В ході виконання отриманих вказівок слідчий виносить нові постанови, зокрема, про пред’явлення звинувачення.

Зміна кваліфікації в ході досудового слідства може бути проведена і самим прокурором. Відповідно до повноважень, визначених ст.227 КПК України, прокурор:

- скасовує незаконні та необґрунтовані постанови слідчих та осіб, які проводять дізнання - включаючи і постанови з питань кримінально-правової кваліфікації;

- бере участь у провадженні дізнання і досудового слідства і в необхідних випадках особисто проводить окремі слідчі дії або розслідування в повному обсязі по будь-якій справі. Це означає, що прокурор може “підмінити” слідчого і замість нього самому пред’явити звинувачення, відповідно кваліфікувавши скоєне.

Разом із тим, вивчення практики показує, що прокурори, як правило, своїх повноважень по особистій участі у розслідуванні не використовують. Вони дають вказівки слідчим, до того ж, далеко не завжди у передбаченій КПК України письмовій формі.

Про зміну кримінально-правової кваліфікації при закінченні досудового слідства

Закінчення досудового слідства відповідно до ст.212 КПК України можливе у трьох формах, які визначаються результатом кримінально-правової кваліфікації:

1) **складання обвинувального висновку**, що означає кваліфікацію скоєного як злочину. При цьому кримінальна справа має отримати подальший рух - бути переданою до суду для прийняття рішення по суті пред’явленого звинувачення;

2) **закриття кримінальної справи**. Воно пов’язане, зокрема, з тим, що діяння кваліфікується як *не* злочинне (малозначне, вчинене при обставинах, які виключають злочинність, вчинене при відсутності всіх ознак складу злочину тощо);

3) **направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру.**

При цьому складання обвинувального висновку передбачає, що в ньому дається така ж кваліфікація, як і при проведенні досудового слідства. В обвинувальному висновку слідчий не вправі змінювати кваліфікацію порівняно з тією, яка була дана при пред’явленні обвинувачення. Тобто, *зміна кваліфікації при закінченні досудового слідства у формі складання обвинувального висновку не відбувається.* Якщо ж під час складання обвинувального висновку слідчий дійде до висновку про необхідність зміни кваліфікації, він повинен виконати дії, передбачені ст.141 КПК України - заново пред’явити обвинувачення, закрити справу в частині обвинувачення.

Закінчення досудового слідства із закриттям кримінальної справи, в ряді випадків, навпаки, передбачає зміну кримінально-правової кваліфікації, порівняно з тією, яка мала місце в ході слідства. Якщо тоді скоєне кваліфікувалося *як злочин*, то закриття кримінальної справи можливе тому, що діяння оцінюється як *не злочинне*. При цьому попередні рішення з питань кваліфікації втрачають своє юридичне значення. Оскільки має місце не часткова, а повна відмова від обвинувачення, то не вимагається виконання того, що передбачене ч.2 ст.141 КПК України. Сама ж зміна кримінально-правової кваліфікації внаслідок закриття кримінальної справи, як вже відзначалося, здійснюється або слідчим, або судом.

Зміна кваліфікації при перевірці прокурором справи з обвинувальним висновком

Нагляд прокурора за досудовим слідством включає в себе перевірку справи з обвинувальним висновком. В ст.228 КПК України окремо виділено обов’язок прокурора перевірити при цьому чи правильно кваліфіковано дії обвинуваченого за статтями кримінального закону (п.6 цієї статті).

При незгоді прокурора з кримінально-правовою оцінкою скоєного, запропонованою слідчим, і висновку про необхідність внесення змін до неї він приймає рішення, зміст якого визначається “напрямком” зміни кваліфікації:

- **складає новий обвинувальний висновок**, в якому викладає свою (більш м’яку) кваліфікацію скоєного;

- **складає постанову, в якій зазначає зміни, що вносяться до обвинувального висновку** - якщо зміна початкового обвинувачення не тягне за собою застосування статті кримінального закону з більш тяжкою санкцією і не зв’язана з істотною зміною обвинувачення за фактичними обставинами (ч.2 ст.231 КПК України). Як видно, законодавець за основу внесення таких змін покладає можливе покарання. Тому, видається, що зміна обвинувального висновку прокурором може стосуватися також визначення стадії вчинення злочину, форми і виду співучасті, кваліфікації скоєного за сукупністю чи навпаки тощо;

- **повертає справу слідчому або органу дізнання** з своїми письмовими вказівками щодо відповідної зміни кваліфікації.

Зміна кваліфікації в суді 1-ї інстанції

Порядок зміни кваліфікації в суді залежить від того, на якому етапі судового розгляду справи це відбувається - в ході судового слідства чи після його закінчення.

До закінчення судового слідства зміну кваліфікації може зініціювати прокурор. При цьому:

1) **якщо пропонована зміна означає, що будуть порушені правила про підсудність чи обов'язковість проведення досудового слідства**, то прокурор заявляє клопотання про повернення справи на додаткове розслідування, (ч.2 ст.277 КПК України) Вказане положення КПК стосується, очевидно, лише випадків:

- розгляду справ місцевим судом, оскільки зміна кваліфікації при розгляді справи по 1-й інстанції апеляційним судом не може привести до порушення правил про підсудність;

- справ, провадження в яких здійснювалося за протокольною формою досудової підготовки матеріалів.

Очевидно, що клопотання про направлення справи на додаткове розслідування має заявлятися і тоді, коли прокурор прийде до висновку про необхідність змінити кваліфікацію і інкримінувати статтю кримінального закону про більш тяжкий злочин.

2) **якщо ставиться питання про застосування кримінального закону, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин** - прокурор виносить постанову, в якій формулює нове обвинувачення та викладає мотиви прийнятого рішення (ч.3 ст.277 КПК України).

Після закінчення судового слідства змінити кваліфікацію може лише сам суд (суддя) при постановленні вироку. При цьому зміна кваліфікації допускається лише в напрямку покращення становища підсудного.

Зміна кваліфікації при розгляді справи в апеляційному та касаційному порядку

Розгляд справи в апеляційному та касаційному порядку також може привести до висновку про необхідність зміни кваліфікації, яка була в раніше постановленому вироку чи постанові. Вирішення питань про зміну кваліфікації на цих стадіях кримінального процесу відбувається з врахуванням процесуального принципу “недопустимості повороту гіршого”. Тобто, сам суд апеляційної або касаційної інстанції може змінити кваліфікацію лише тоді, коли це пов’язане із застосуванням кримінального закону про менш тяжкий злочин. В іншому разі він повинен повернути справу на додатвоке розслідування чи на новий судовий розгляд.

Слід звернути увагу на те, що скасовуючи вирок (постанову) з поверненням справи на новий судовий розгляд, апеляційний суд не має права вирішувати наперед питання про *застосування судом першої інстанції того чи іншого кримінального закону* (ч.3 ст.374 КПК України). Тобто, він не дає суду вказівки, як кваліфікувати скоєне, хоча однією з підстав скасування попереднього вироку (постанови) саме і є неправильна кваліфікація діяння. Враховуючи, що в цій обмежувальній нормі йдеться лише про суд першої інстанції, можна зробити висновок, що апеляційний суд вправі дати відповідні вказівки прокурору чи слідчому.

Водночас, як випливає зі ст.399 КПК України, суд касаційної інстанції не пов’язаний обмеженнями у вказівках щодо кваліфікації скоєного - він може їх давати не лише органу дізнання чи попереднього слідства, але й суду першої чи апеляційної інстанції, якщо вони будуть повторно розглядати справу. Розглядаючи ж справу повторно, суд може застосувати закон про більш тяжкий злочини лише тоді, коли:

-вирок був скасований в зв’язку з відповідним поданням прокурора або скаргою потерпілого чи його представника;

- при новому розслідування справи буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжкий злочин, або коли збільшився обсяг обвинувачення.

Значення процесуальних документів, винесених до зміни кваліфікації

Важливо також визначити юридичне значення раніше винесених процесуальних актів, якими давалася кваліфікація, що згодом визнається неправильною. Відповідних питань кримінально-процесуальне законодавство прямо не регламентує. В ч.2 ст.141 КПК України лише передбачений обов’язок слідчого своєю постановою закрити справу в частині обвинувачення, яке не знайшло свого підтвердження. Очевидно, тут мається на увазі відсутність доказів, які підтверджують вину особи в інкримінованих діяннях.

На практиці ж існують позиції, відповідно з якими:

1) раніше прийняті акти не потребують формального скасування, вони втрачають юридичну силу в зв’язку з прийняттям нового акта з того ж питання;

2) раніше прийняті акти потрібно визнавати нечинними шляхом прийняття спеціальних постанов;

3) нечинність попередніх актів слід встановлювати шляхом окремих вказівок в нових актах з цього ж питання.

Аналізуючи вказані підходи слід зазначити таке. Наявність у кримінальній справі кількох постанов слідчого, які по-різному вирішують одне і те ж питання, робить справу суперечливою. Пізніше прийнята з того ж питання постанова в матеріалах справи може знаходитися значно далі, інколи, в наступних томах, а це утруднює встановлення того, яке ж рішення є чинним. Спеціальні постанови про визнання нечинними раніше прийнятих, загромаджують кримінальну справу. До того ж, вони не містять рішення по суті відповідних питань. Тому оптимальним видається те, що при зміні і доповнення обвинувачення, слідчий у своїй постанові вказує, які обвинувачення пред’являлися раніше (у вчиненні яких злочинів і якими постановами) і таким чином констатує нечинність попередніх постанов про пред’явлення обвинувачення. Всі ж інші процесуальні акти, в яких містилися вказівки щодо того, як кваліфікувалося скоєне (постанови про призначення експертиз, протоколи допитів та очних ставок тощо) не потребують формальних змін чи доповнень в зв’язку з пред’явленням нового обвинувачення. Адже в таких актах вказівка про кваліфікацію відіграє допоміжну, інформативну роль, вони не спрямовані на визначення кваліфікації. Крім того, значна частина слідчих дій після зміни чи доповнення обвинувачення має бути проведена заново, в силу цього попередні процесуальні документи змінюють свою роль - лише інформують про хід кримінальної справи.

Таким чином, *процесуальні документи, винесені до зміни кваліфікації, переважно не потребують формального скасування. Ті ж із них, які прямо стосуються кримінально-правової кваліфікації скоєного, закріплювали її результати, втрачають чинність в силу спеціальних вказівок про це в актах, якими кваліфікація змінена.*

Поняття кримінального закону, який передбачає відповідальність за *більш* чи *менш* тяжкий злочин

Зміну кваліфікації чинне кримінально-процесуальне законодавство пов'язує із застосуванням нормативно-правових актів, які передбачають діяння, піддане оцінці. При цьому такі акти по різному іменуються - “кримінальний закон”, “стаття Кримінального кодексу”, “стаття кримінального закону”, “закон про ...злочин”; неоднаково визначається і їх зміст - в одних випадках йдеться про більш чи менш тяжку санкцію, в інших - про відповідний злочин (діяння - якщо мається на увазі застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Стаття КПК України** | **Вказівка на кримінальний закон** | **Необхідність застосування/**  **/незастосування відповідного закону є підставою для:** |
| ч.3 ст.277, п.2 ч.1 ст.373 | Кримінальний закон, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин | Зміни обвинувачення в суді  Зміни вироку апеляційним судом |
| п.1 ч.2 ст.373 | Статті Кримінального кодексу, яка передбачає відповідальність за менш тяжке діяння | Зміни постанови про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру |
| ч.2 ст.231 | Стаття кримінального закону з більш тяжкою санкцією | Зміни прокурором обвинувачення |
| ч.2 ст.246 | Стаття Кримінального кодексу, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин | Повернення справи на додаткове розслідування |
| п.2 ч.1 ст.374 | Застосування кримінального закону про більш тяжкий злочин | Скасування вироку з поверненням справи на додаткове розслідування |
| п.3 ч.1 ст.374 | Застосування кримінального закону, який передбачає більш тяжке на відміну від встановленого досудовим слідством суспільно небезпечне діяння | Скасування постанови у справах про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру з поверненням справи на додаткове розслідування |
| ч.2 ст.375 | Застосування закону про більш тяжкий злочин | Розгляду справи судом першої інстанції після скасування вироку з відповідних підстав |
| Ч.3 ст.375 | Кваліфікація суспільно небезпечного діяння як більш тяжкого | Розгляду справи про застосування примусових заходів виховного характеру за апеляцією прокурора чи потерпілого або його захисника |
| ч.1 ст.378 | Застосування закону про більш тяжкий злочин | Скасування апеляційним судом вироку суду першої інстанції і постановлення свого вироку |
| п.1 ч.4 ст.378 | Кваліфікація суспільно небезпечного діяння як більш тяжкого | Скасування апеляційним судом постанови про застосування примусових заходів виховного характеру і постановлення своєї постанови |
| ч.1,2 ст.397 | Закон про більш тяжкий злочин | Недопустимості погіршення становища засудженого чи виправданого при касаційному розгляді справи |
| Ч.2 ст.400 | Закон про більш тяжкий злочин | Нового розгляду справи судом першої інстанції або апеляційним судом за умови відповідного подання прокурора або скарги потерпілого чи його представника |
| Ч.2 ст.4004 | Закон про більш тяжкий злочин | Заборони перегляду судових рішень в порядку виключного провадження |
| Ст.4051, назва статті | Закон, який звільняє від покарання або пом’якшує покарання | Внесення до суду заяви засудженого або подання прокурора чи органу, що відає виконанням покарання |
| Ч.3 ст.409 | Новий закон, який звільняє від покарання або пом’якшує покарання | Приведення вироку у відповідність з новим законом |

Крім того, процесуальний закон містить поняття “погіршення становища” засудженого чи виправданого (ч.2 ст.358 КПК України), “рішення на користь осіб, щодо яких апеляції не надійшли” (ч.2 ст.365 КПК України).

Аналіз наведених вище термінів, опублікованої правозастосовної практики приводить до висновку, що поняття закону про більш чи менш тяжкий злочин у КПК України пов’язується лише з можливим покаранням, тобто з санкцією статті Особливої частини КК, за якою кваліфіковане діяння. Тобто, за основу приймаються види основних покарань, які передбачені відповідними санкціями, максимальні і мінімальні розміри таких покарань; наявність додаткових покарань, які застосуються як обов’язкові.

В той же час, при визначенні того, передбачає зміна кваліфікації застосування закону про більш чи менш тяжкий злочин не враховується:

- ступінь тяжкості злочинів, яка визначається відповідно до ст.12 КК;

- стадія вчиненого злочину;

- форма співучасті та вид співучасника;

- наявність множинності злочинів.

1. *Рабинович П.* Юридична техніка законотворення в Україні: загальні проблеми // Вісник Академії правових наук України. - Харків: Право, 1998. - №2(13). - С.21. [↑](#footnote-ref-1)
2. Закон України “Про підприємництво” набрав чинності з 26 лютого 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. - 1991. - №14. - Ст.169, а вказані статті КК виключені з нього Законом від 7 липня 1992 р.// Відомості Верховної Ради України. - 1992. - №39. - Ст.570. [↑](#footnote-ref-2)
3. В абз.2 п.4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 березня 1999 р. №5 “Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів” підкреслено, що такі діяння не можуть визнаватися ухиленням від сплати податків і кваліфікуватися за відповідною статтею Особливої частини КК, а становлять собою службовий злочин. [↑](#footnote-ref-3)
4. Відповідні положення викладені в усіх більш-менш детальних коментарях КК 2001 р. - див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І.Мельника, М.І.Хавронюка. - К.: Каннон, 2001. - С.559; Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий. - 3-е изд., испр. и дополн. / О в. ред.С.С.Яценко. - К.: А.С.К., 2003. - С.531. [↑](#footnote-ref-4)
5. Рарог А.И.Квалификация преступлений по субъективным признакам. - Санк-Петербург: Юридический Центр Пресс, 2002. - с.30. [↑](#footnote-ref-5)
6. Там же. - С.29-30. [↑](#footnote-ref-6)
7. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. - М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. - С.270. [↑](#footnote-ref-7)
8. Там же. [↑](#footnote-ref-8)
9. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. - М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. - С.271. [↑](#footnote-ref-9)
10. Там же. - С. 275-278. [↑](#footnote-ref-10)
11. Там же. - С. 279-283. [↑](#footnote-ref-11)
12. Там же. - С. 27. [↑](#footnote-ref-12)
13. Рарог А.И.Квалификация преступлений по субъективным признакам. - Санк-Петербург: Юридический Центр Пресс, 2002. - с.30-43. [↑](#footnote-ref-13)
14. В літературі відзначається, що в кримінальному праві це положення є аксіомою. Вона настільки очевидна, що не розглядається навіть як принцип кримінального права - *Клепицкий И.А.* “Отмывание денег” в современном уголовном праве. // Государство и право. - 2002. - №8. - С.33 [33-46]. [↑](#footnote-ref-14)
15. Лихолоб В.Г. Проблемы эффективности правоприменительной деятельности органов внутренних дел в борьбе с преступностью (криминологический и теоретико-правовой аспекты). Автореферат дисс. ...доктора юрид.наук. - К. - 1992. - С.26. [↑](#footnote-ref-15)
16. Уголовное право. Особенная часть. - М.: Новый Юрист. - 1998. - С.18. [↑](#footnote-ref-16)
17. Мабуть, тільки редакційною неточністю можна пояснити вислів, який міститься в одному з підручників з логіки для юристів, де вказується: "Інтереси дотримання законності вимагають, щоб кожна суспільно небезпечна дія була кваліфікована за тією статтею кримінального закону, котра передбачає вчинене, *або за якоюсь іншою* (виділено мною - В.Н.)" - див.:Жеребкін В. Логіка: (Підручник для юридичних вузів і фак.). 2-е вид., стереотипне. - Х.: Основа. К.: Знання. - 1998. - С.32. [↑](#footnote-ref-17)
18. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2 т. Том 1. - М.: Наука. - 1994. - С.94. [↑](#footnote-ref-18)
19. Див: Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовнаго кодекса. // Записки юридическаго факультете Петроградскаго университета. Выпуск У. - Петроград, 1917, с.183; Шаргородский М.Д. Уголовный закон. // Курс уголовного права. Том Ш. - (Без мысця видання): Юрид.изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. - С.168. [↑](#footnote-ref-19)
20. Див. напр..: Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. / Упорядник Ю.К. Качуренко. - К.: Наукова думка, 1992. - 199 с.; Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. Європейське право у галузі прав людини. Джерела і практика застосування. - К.: АртЕк., Будапешт: Інститут Конституційної і Законодавчої політики (COLPI), 1997. - 624 с.; Куинн Ф. Права человека и ты. Руководство для стран бывшего советского Союза и Восточной Европы. - Варшава: Изд-во ОБСЕ/БДИПЧ, 1999. - С.192, 202. [↑](#footnote-ref-20)
21. Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. - М.: Наука. - 1971. - С.189. Див.також: Куцова Э.Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе. - М.: Юридическая литература. - 1973. - С.75-78. М.М.Михеєнко в зв'язку з цим вказував, що коли обвинувальний доказ викликає обгрунтований сумнів, то він не може бути покладений в основу рішення не на користиь даної особи. Якщо ж сумнів викликає виправдальний доказ, то їм можна оперувати на користь цієї особи,- див.: Михеєнко М.М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. - К.: Юрінком Інтер. - 1999. - С.55. [↑](#footnote-ref-21)
22. Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. - Харьков: «Вища шкода», 1979. - С. 57-59. [↑](#footnote-ref-22)
23. Відповідні положення знаходять своє закріплення і в законодавстві. Так, ст.4.1.1 Закону України “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” передбачає, що у випадку, коли норма закону чи іншого нормативно-правового акту, виданого на підставі закону, або коли норми різних законів чи нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов’язків платника податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення у межах апеляційного узгодження, приймається на користь платника податків. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ігнатов А.Н. Введение в изучение уголовного права. Уголовный закон. // Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. - М.: Издат.группа ИНФРА.М.НОРМА, 1996. - С.13. [↑](#footnote-ref-24)
25. Здравомыслов Б.В. Стадии совершения умышленного преступления. - М.: ВЮЗИ. - 1960. - С.5. [↑](#footnote-ref-25)
26. Див.: Коржанский Н.И. Иерархия уголовно-правовых институтов. // Проблемы применения правовых норм на предварительном следствии: Сборник научн. трудов. - Волгоград: ВСШ МВД СССР. - 1982. - С.64-65. [↑](#footnote-ref-26)
27. Там же, с.65; Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. Труды по правоведению. Вып.696. - Тарту. - 1985. - С.5. [↑](#footnote-ref-27)
28. Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність працівників правоохоронних органів: постанова пленуму Верховного Суду України від 26 червня 1992 р, №8, пункт 14; Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини: постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 квітня 1994 р. №1, пункт 28 підпункт "в". // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - 1995. - №1. - К.: Юрінком. - 1995, с. 95,164. [↑](#footnote-ref-28)
29. Див.: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. - К.: "Наукова думка". - 1985. - С.230-231. [↑](#footnote-ref-29)
30. В літературі висловлена думка що поняття триваючого злочину не потрібне - Зыков В. Нужно ли понятие длящихся преступлений? // Социалистическая законность. - 1984. - №9. - С.53. Однак поширення та підтримки ця позиція не знайшла. [↑](#footnote-ref-30)
31. Див.: Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. - М.: Госюриздат. - 1960. - С.94-95. [↑](#footnote-ref-31)
32. Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. - М.: Издательство "СПАРК". - 1996. - С.5. [↑](#footnote-ref-32)
33. Там же. - С.6. [↑](#footnote-ref-33)
34. Там же. - С.6. [↑](#footnote-ref-34)
35. Трайнин А.Н. Учение о составе преступления. - М.: Юрид. изд. Мин. юст. СССР. - 1946. - С.148. [↑](#footnote-ref-35)
36. Тишкевич И.С. Приготовление и покушение по уголовному праву. - М.: Госюриздат. - 1958. - С.8. Іншу думку свого часу обгрунтовував Б.С.Нікіфоров, який стверджував, що ні в попередній злочинній діяльності, ні в діяльності співучасника, як правило, немає складу злочину - Никифоров Б.С. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. // Важный этап в развитии советского права: Труды научной сессии ВИЮН. - М.: ВИЮН. -1960. - с.143. Однак такий погляд не знайшов підтримки у літературі. [↑](#footnote-ref-36)
37. Дурманов Н.Д. Общее учение о составе преступления по советскому уголовному праву. - М.: Госюриздат. - 1955. - С.30-31. [↑](#footnote-ref-37)
38. Кузнецова Н.Ф. Ответсвенность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву. - М.: Изд. Моск. ун-та. - 1958. - С.119. [↑](#footnote-ref-38)
39. Див.напр.: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. - К.: "Наукова думка". - 1985. - С.224-225. [↑](#footnote-ref-39)
40. Кузнецова Н.Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советсскому уголовному праву, с.119. [↑](#footnote-ref-40)
41. На необхідність посилатися при кваліфікації готування до злочину, замаху на злочин не лише на відповідну статтю, а й на частину статті Загальної частини КК, що передбачає попередню злочинну діяльність, зверталася увага у літературі - див.: *Ребане И.А.* О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. Труды по правоведению. Вып.696. - Тарту. - 1985. - С.3. Щодо чинного КК України на це звертав увагу Ю.В.Баулін - *Баулін Ю.В.* Деякі принципові новели Загальної частини Кримінального кодексу України та проблеми їх застосування // Правова держава. Щорічник наукових праць. Випуск тринадцятий - К.: Ін-т держави і права ім.. В.М.Корецького НАН України, 2002. - С.313. [↑](#footnote-ref-41)
42. Кримінальний кодекс України. Проект. Вноситься народним депутатом України Матковським О.Б. - Київ. - 1996. - С.13. [↑](#footnote-ref-42)
43. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2т. т.1. - М.: Наука. - 1994. - С.293-294. [↑](#footnote-ref-43)
44. Там же. - С.294. [↑](#footnote-ref-44)
45. В літературі обговорювалося питання про кваліфікацію замаху з альтернативним умислом - див. напр.: Дурманов Н.Д. Стадии совершения преступления по советскогому уголовному праву, с.127-128; Курс советского уголовного права. В шести томах. Том ІІ. - М.: Наука. - 1970. - С.430-431. [↑](#footnote-ref-45)
46. Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. - Харьков: "Основа". - 1991. - С.269. [↑](#footnote-ref-46)
47. Шавгулидзе Т.Г. Необходимая оборона. - Тбиилиси. - 1966. - С.129; Ткаченко В. Квалификация покушений на преступление. // Советская юстиция. - 1981. - №19. - С.8. [↑](#footnote-ref-47)
48. Ткаченко В. Квалификация покушений на преступление, с.8. [↑](#footnote-ref-48)
49. В літературі висловлена й інша думка - ряд криміналістів стверджує, що замах можливий і при афектованому умислі. серед тих, хто притримувався такої точки зору, проф.М.С.Таганцев, який, однак, аргументів на її користь не наводить - див.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции, с.306. [↑](#footnote-ref-49)
50. Курс советского уголовного права. В шести томах. Том ІІ. - М.: Наука. - 1970. -С.431. [↑](#footnote-ref-50)
51. Там же. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ткаченко В. Квалификация покушений на преступление, с.8. [↑](#footnote-ref-52)
53. Баулін Ю.В. Деякі принципові новели Загальної частини Кримінального кодексу України та проблеми їх застосування // Правова держава. Щорічник наукових праць. Випуск тринадцятий - К.: Ін-т держави і права ім.. В.М.Корецького НАН України, 2002. - С.313. [↑](#footnote-ref-53)
54. Див. напр.: Курс советского уголовного права. В шести томах. Том ІІ. - М.: Наука. - 1970. -С.427-428. [↑](#footnote-ref-54)
55. Див.: Новое уголовное право России. Учебное пособие. Общая часть. - М.: Зерцало, ТЕИС. - 1996. - С. 55-56. [↑](#footnote-ref-55)
56. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая. - К.: «Наукова думка». - 1985. - С.233; Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: Право. - 1997. - С.196; Кримінальне право України. Загальна частина. - Київ: Юрінком Інтер. - 1997. - С. 254. [↑](#footnote-ref-56)
57. Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: Право. - 1997. - С.196. [↑](#footnote-ref-57)
58. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая. - К.: «Наукова думка». - 1985. - С.233. [↑](#footnote-ref-58)
59. Там же. - С. 234 [↑](#footnote-ref-59)
60. Див.: Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: Право. - 1997. - С.197; Кримінальне право України. Загальна частина. - Київ: Юрінком Інтер. - 1997. - С. 254. [↑](#footnote-ref-60)
61. Чікалін В. Усе залежить від кадрового потенціалу. // Урядовий кур’єр. - 2002. - 19 жовтня. - С.7. [↑](#footnote-ref-61)
62. Уголовное право. Общая часть. Учебник для вузов. - М.: Изд. группа ИНФРА. М-НОРМА. - 1997. - С.235. [↑](#footnote-ref-62)
63. Див.: Трайнин А.Н. Учение о соучастии. - М.: Юриздат. - 1940. - С.77. Див. також: Радянське право. - 1989. №10.//////////////// [↑](#footnote-ref-63)
64. Див.: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. - К.: «Наукова думка». - 1985. - С.243. [↑](#footnote-ref-64)
65. Шаргородский М.Д. Некоторые вопросы общего учения о соучастии. // Правоведение. - 1960. - №1. - С.84. [↑](#footnote-ref-65)
66. Важко погодитися з твердженням Б.А.Курінова що поділ співучасників на види базується на ступені участі особи в злочині - див.: Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. - м.: Изд-во Москов. ун-та. - 1984. - С.138. Ступінь, тобто міра активності, інтенсивності участі у вчиненні злочину визначається не тим, що особа робить, яку роль відіграє у злочині, а як вона це робить. Тому в конкретних посяганнях пособник може відігравати головну роль, прикладати великі зусилля для спільного вчинення злочину, а підбурювач - другорядну. І це залежить не від виду співучасника - тобто від характеру його участі у злочині, а від ступені такої участі. То того ж саме за ступенем участі може оцінюватися роль у вчиненні злочину «однойменних» співучасників. [↑](#footnote-ref-66)
67. Курс советского уголовного права. В шести томах. том ІІ. - М.: Наука. - 1970. - С.456; Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений, с.135; Кримінальне право України. Загальна частина. - К.: ЮРІНКОМ ІНТЕР- 1997. - С. 263. [↑](#footnote-ref-67)
68. Кваша О. Об’єктивні ознаки організатора злочину. // Право України. - 1999. - №1. - С.107. [↑](#footnote-ref-68)
69. Не можна погодитися з підходом, згідно якого використання осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне має місце тоді, коли для виконання об’єктивної сторони злочину залучаються особи, які не підлягають відповідальності за вчинення *даного* (виділено мною – В.Н.) злочину (якщо це злочин зі спеціальним суб’єктом) – див.:Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І.Мельника, М.І.Хавронюка. – К.: Каннон, 2001. – С.90-91. Він є внутрішньо суперечливим, бо однакова оцінка дається і використанню осіб, які взагалі не підлягають кримінальній відповідальності і тих, які не виступають спеціальним су’єктом певного злочину. Автор коментаря до ст.27 КК М.І.Мельник водночас вказує, що діяння таких осіб за об’єктивними і суб’єктивними ознаками ознаками є злочинним. Крім того, такий підхід не узгоджується з закріпленою в ч.3 ст.401 КК та загальноприйнятою в теорії кримінального права позицією, відповідно якої особи, не наділені ознаками спеціального суб’єкта злочину, підлягають відповідальності як інші співучасники цього злочину. [↑](#footnote-ref-69)
70. В теорії кримінального права віддавна висловлювалася думка про необхідність кваліфікації дій виконавців і співвиконавців злочину, вчиненого в співучасті з іншими особами, з посиланням на ч.3 ст.19 КК - див.: Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. - М.: Юридическая література, 1974. - С. 74; Гузун В. Совместность - признак соучастия. // Советская юстиция. - 1975. - №2. - с.25; Сабиров Р.Д. Общие вопросы квалификации насильственных групповых преступлений. // Вопросы совершенствования уголовно-правовых мер борьбы с преступностью: Межвуз. сб. научн. трудов. - Свердловск: СвЮИ. - 1983. - С.82-83; Кладков А. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии. // Законность. - 1998. - №8. - С.26; Куц В.М. Законодавство України: перспективи розвитку // Вісник університету внутрішніх справ. - 1998. - №3-4. - С.182; Пушкин А. Принципы аксессорной и самостоятельной ответственности соучасников преступления // Законность. - 2001. - №3. - С.27-30; Альошин Д.П. Кримінальна відповідальність за розкрадання, вчинені у співучасті. Дисертація ...к.ю.н. - Харків, 2002. - С.83. [↑](#footnote-ref-70)
71. Див.: Кладков А. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии. // Законность. - 1998. - №8. - С.26. [↑](#footnote-ref-71)
72. Альошин Д.П. Кримінальна відповідальність за розкрадання, вчинені у співучасті. Дисертація ...к.ю.н. - Харків, 2002. - С.83. [↑](#footnote-ref-72)
73. Потилежну думку відстоює П.Ф.Тельнов - див.: Тельнов П.Формы соучастия и квалификация преступлений. // Советская юстиция. - 1971. - №4. - С.22. [↑](#footnote-ref-73)
74. Блум М.И. Некоторые вопросы квалификации действий соучастников. // Вопросы борьбы с преступностью на современном этапе. - Рига: Изд-во Латвийского ун-та. - 1978. - С.24. [↑](#footnote-ref-74)
75. Див. Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. - М.: Юрид.лит. - 1974. - С.145: Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. труды по правоведению. Вып.696. - Тарту. - 1985. - С.4; Бажанов М., Сташис В. Про застосування ст.19 КК України. // Право України. - 1994. - №9. - С.19. [↑](#footnote-ref-75)
76. Уголовное право. Общая часть. - М.: Изд.группа ИНФРА.М-НОРМА. - 1997. - С.241. [↑](#footnote-ref-76)
77. Кваша О. Об’єктивні ознаки організатора злочину. // Право України. - 1999. - №1. - С.107. [↑](#footnote-ref-77)
78. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. - К.: «Наукова думка». - 1969. - С. 137. Див також: Кримінальне право Украни. Загальна частина. - К.: ЮРІНКОМ ІНТЕР. - 1997. - С. 271. [↑](#footnote-ref-78)
79. Багато авторів допускаютьнепослідовність, вказуючи, що при поєнанні функцій виконавця та іншого співучасника кваліфікувати діяння слід так, як і дії «чистого» виконавця - лише за нормою Особливої частини, і водночас стверджують, що підмовницька чи організаторська роль повинні бути враховані при призначенні покарання - див. напр.: Царегородцев А. Разграничение действий организатора и подстрекателя. // Сов. юстиция. - 1974. - №8. - С.8. Але як можна враховувати при призначенні покарання те, що не враховано і не відображено при кваліфікації? [↑](#footnote-ref-79)
80. Див.: Ковалев М.И. Соучастие в преступлении: часть 2. Виды соучастников и формы участия в преступной деятельности. // Ученые труды Свердловского юридического ин-та. - Том %. - Свердловск. - 1962. - С. 125; Царегородцев А. Разграничение действий организатора преступления и подстрекателя. // Советская юстиция. - 1974. - №8. - С.9; Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. - К.: «Наукова думка». - 1985. - С.287-288; Коржанский Н.И. Иерархия уголовно-правовых институтов. // Проблемы применения правовых норм на предварительном следствии: Сб. научн. трудов. - Волгоград: ВСШ МВД СССР. - 1982. - С.67. [↑](#footnote-ref-80)
81. Коржанский Н.И. Иерархия уголовно-правовых институтов. // Проблемы применения правовых норм на предварительном следствии: Сб. научн. трудов. - Волгоград: ВСШ МВД СССР. - 1982. - С.67. [↑](#footnote-ref-81)
82. Царегородцев А. Разграничение действий организатора преступления и подстрекателя, с.8. [↑](#footnote-ref-82)
83. Там же, с.8-9. [↑](#footnote-ref-83)
84. Кваша О. Об’єктивні ознаки організатора злочину. // Право України. - 1999. - №1. - С.107. [↑](#footnote-ref-84)
85. Див.: Кладков А. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии. // Законность. - 1998. - №8. - С.27. [↑](#footnote-ref-85)
86. Уголовное право. Общая часть. - М.: Изд.группа ИНФРА.М-НОРМА. - 1997. - С.259. [↑](#footnote-ref-86)
87. Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: Право. - 1997. - С.215. [↑](#footnote-ref-87)
88. Баулін Ю.В. Деякі принципові новели Загальної частини Кримінального кодексу України та проблеми їх застосування // Правова держава. Щорічник наукових праць. Випуск тринадцятий - К.: Ін-т держави і права ім.. В.М.Корецького НАН України, 2002. - С.314. [↑](#footnote-ref-88)
89. Гузун В.У. Формы соучастия в преступлении: Автореферад дисс. ... канд. юрид. наук. - М. - 1975. - С.8. [↑](#footnote-ref-89)
90. Тельнов П. Формы соучастия и квалификация преступлений. // Советская юстиция. - 1971. - №4. - С.21. [↑](#footnote-ref-90)
91. Детальний виклад позицій, висловлених в літературі з приводу класифікації форм співучасті дає Ф.Г.Бурчак - див.: Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. - К.: «Наукова думка». - 1969. - С.60-64. За три десятиліття, що пройшли в того часу нічого принципово нового з цього приволу в теорії не висловлено. [↑](#footnote-ref-91)
92. Блум М.И. Некоторые вопросы квалификации действий соучастников. // Вопросы борьбы с преступностью на современном этапе. - Рига: Изд-во Латв. ун-та. - 1978. - С.24. [↑](#footnote-ref-92)
93. Галиакбаров Р.Р. Квалификация групповых преступлений. - М.: Юрид.лит. - 1980. - С.12. [↑](#footnote-ref-93)
94. Таку позицію підтримує ряд криміналістів- див: Сабиров Р.Д. Общие вопросы квалификации насильственных групповых преступлений. // Вопросы совершенствования уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. - Свердловск: СвЮИ. - 1983. - С.86-87. По суті таку ж думку висловлює Р.Р.Галіакбаров, конструюючи поняття групового способу виконання діяння, який на його думку характеризує лише об’єктивну сторону посягання. Використання фізичних зусиль особи, яка не підлягає кримінальній відповідальності, цей вчений вважає проявом групового способу вчинення злочину, який може мати місце і при відсутності співучасті - Галиакбаров Р.Р. Групповое преступление.- Свердловск. - 1973. - С.118-119. [↑](#footnote-ref-94)
95. Див.: Гузун В.У. Формы соучастия в преступлении: Автореферат дисс. ... канд. юрид.наук. - М. - 1975. - С.15; Ушаков А.В. Основания и пределы ответсвенности соучастников преступления по советскому уголовному праву: Автореферат дисс. ... канд. юрид.наук. - М. - 1971. - С.12; Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. - М.: Юрид. лит. - 1974. - С.25; Блум М.И. Некоторые вопросы квалификации действий соучастников. // Вопросы борьбы с преступностью на современном этапе. - Рига: Изд-во Латв. ун-та. - 1978. - С.29-32. [↑](#footnote-ref-95)
96. Звечаровский И. Новый УК: проблемы применения. // Законность. - 1999. - №1. - С.11. [↑](#footnote-ref-96)
97. Ушаков А.В. Понятие и квалификация группового преступления. // Советское государство и право. - 1976. - №2. - С.61. [↑](#footnote-ref-97)
98. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности: Сборник судебных решений по уголовным делам. - К.: «Знання». - 1993. - С.74. [↑](#footnote-ref-98)
99. За підрахунками Д.П.Альошина така ознака притаманна для 61 складу злочинів. В 32 складах злочинів вона є кваліфікуючою, а в 3 - особливо кваліфікуючою ознакою; при конструюванні 24 складів злочину законодавець поєднав її з такою формою співучасті, які вчинення злочину організованою групою; у двох складах злочину вчиненню злочину за попередньою змовою групою осіб надається таке ж значення як і вчиненню його організованою групою (ч.2 ст.359 КК) або ж у складі транснаціональної організації (ч.5 ст.143 КК) - див: Альошин Д.П. Кримінальна відповідальність за розкрадання, вчинені у співучасті. Дисертація ...к.ю.н. - Харків, 2002. - С.85. [↑](#footnote-ref-99)
100. Коржанський М.Постанова Пленуму Верховного Суду України: нормативний акт чи коментар. // Юридичний вісник України. - 1997. - №6. - С.17. [↑](#footnote-ref-100)
101. Судебные приговоры. Практика Верховного Суда Украины. - К.: Юринком. - 1995. - С.25, 4-26. [↑](#footnote-ref-101)
102. Мойсик В.Р. Проблеми кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами. Дисертація ...к.ю.н. - К., 2002. - С.88. [↑](#footnote-ref-102)
103. Див: Кримінальне право України.Загальна частина. - Харків: Право. - 1997. - С. 220 - 221; Уголовное право. Общая часть. - М.: Изд.группа ИНФРА.М-НОРМА. - 1997. - С.260. [↑](#footnote-ref-103)
104. Гришаев П.И., Кригер Г.А. Соучастие по советскому уголовному праву. - М.: Госюриздат. - 1959. - С.240-250; Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. труды по правоведению. Вып.696. - Тарту. - 1985. - С.4-15. [↑](#footnote-ref-104)
105. Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. - М.: Юрид. лит. - 1974. - С.156-158. [↑](#footnote-ref-105)
106. Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. труды по правоведению. Вып.696. - Тарту. - 1985. - С.4. [↑](#footnote-ref-106)
107. Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлени. - М.: Юрид. лит. - 1974. - С.156. [↑](#footnote-ref-107)
108. Див.: Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. - К.: «Наукова думка». - 1969. - С. 183-184. [↑](#footnote-ref-108)
109. Можливість і необхідність застосування аналогії щодо КК 2001 р. (всупереч положенням, закріпленим в ч.4 ст.3 цього Кодексу) вже обґрунтовувалася в літературі - див.: *Навроцький В.О.* Принцип заборони аналогії та його дія при застосуванні Кримінального кодексу України 2001 р. // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. Харків, 25-26 жовтня 2001 р. - К.-Х.: Юрінком Інтер, 2002. - С.49-52. [↑](#footnote-ref-109)
110. Див.: Гришаев п.и., Кригер Г.А. Соучастие по советскому уголовному праву. - М.: Госюриздат. - 1959. - С.248; Ковалев М.И. Соучастие в преступлении: Часть 2. Виды соучастников и формы участия в преступной деятельности. // Ученые труды Свердловского юрид. ин-та. Том 5. - Свердловск. - 1962. - С.182-183; Курс советского уголовного права. Часть общая. том 1.- Л.: Изд-во Ленингр. ун-та. - 1968. - с.631; Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. - М.: Юрид. лит. - 1974. - С.158; Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. Труды по правоведению. Вып. 696. - Тарту. - 1985. - С. 11; Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: Право. - 1997. - С.220-221. [↑](#footnote-ref-110)
111. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Изд. 2-е перераб. и доп. (по состоянию на 01.10.97 г.) - М.: ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез». - 1997. - С.59-60. [↑](#footnote-ref-111)
112. Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). - С. 10. [↑](#footnote-ref-112)
113. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. - Киев: «Наукова думка». - 1969. - С. 188-191. [↑](#footnote-ref-113)
114. Кримінальний кодекс України. Проект. Вноситься народним депутатом України Матковським О.Б. - Київ. - 1996. // Верховна Рада України. Сектор реєстрації законопроектів. №0041/1. 04.11.96. [↑](#footnote-ref-114)
115. Красиков Ю.А. Соучастие в преступлении. // Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. Лекция 10. - М.: Изд. группа ИНФРА. М-НОРМА. - 1996. - С.35. [↑](#footnote-ref-115)
116. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. - Киев: «Наукова думка». - 1969. - С. 191- 194. [↑](#footnote-ref-116)
117. Советское уголовное право. Общая часть. / Под ред. Кригера Г.А, Куринова Б.А., Ткачевского Ю.М. - М.: Изд-во МГУ. - 1981. - С.275-276 (автор глави в підручнику - Б.А. Куринов). [↑](#footnote-ref-117)
118. На необхідність диференціювати такі випадки вказував ще А.Н.Трайнін - Трайнин А.Н. Учение о соучастии. - М.- 1941. - С.124. [↑](#footnote-ref-118)
119. Трайнин А.Н. Учение о соучасти. - М., 1941. - С.125. [↑](#footnote-ref-119)
120. Ушаков А.В. Основания и пределы ответсвенности соучастников преступления по советскому уголовному праву: Автореферат дисс. ... канд. юрид.наук. - М. - 1971. - С.12. Див. також: Фролов А. С. Соучастие в преступлениях несовершеннолетних. Автореферат дисс. ... канд. юрид.наук. - Свердловск. - 1968. - С. 6. [↑](#footnote-ref-120)
121. Сабиров Р.Д. Общие вопросы квалификации насильственных групповых преступлений. // Вопросы совершенствования уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. - Свердловск: СвЮИ. - 1983. - С.87. [↑](#footnote-ref-121)
122. Блум М.И. Некоторые вопросы квалификации действий соучастников. // Вопросы борьбы с преступностью на современном этапе. - Рига: Изд-во Латв. ун-та. - 1978. - С.28.

     [↑](#footnote-ref-122)
123. Ребане И.А. О соучастии на стадии предварительной преступной деятельности (вопросы квалификации). //ученые записки Тартусского госуд. ун-та. труды по правоведению. Вып.696. - Тарту. - 1985. - С.5-9. [↑](#footnote-ref-123)
124. Там же. - С. 6. [↑](#footnote-ref-124)
125. Там же. - С. 7. [↑](#footnote-ref-125)
126. Див.: Ушаков А. Квалификация преступлений, совершаемых частными лицами в соучастии со специальным субъектом. // Советская юстиция. - 1972. - №12. - С.7. [↑](#footnote-ref-126)
127. Меркушев М.В. Соучастие в преступлениях со специальным субъектом. // Ученые записки Белорусского госуд. ун-та. Вып.34. - Минск. - 1957. - С.16. [↑](#footnote-ref-127)
128. Див.: Ткаченко В.И., Царегородцев А.М. Правовые последствия соучастия в преступлениях со специальным субъектом. // Проблемы борьбы с преступностью. -Омск, Иркутск. - 1976. - С.41. [↑](#footnote-ref-128)
129. Устименко В.В. Квалификация преступлений со специальным субъектом. - Киев: УМК ВО. - 1988. - С.32-33. [↑](#footnote-ref-129)
130. Ушаков А. Квалификация преступлений, совершаемых частными лицами в соучастии со специальным субъектом. // Советская юстиция. - 1972. - №12. - С.7; Блум М.И. Некоторые вопросы квалификации действий соучастников. - \\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\ - С.32-37; Бурчак Ф.Г. учение о соучастии по советскому уголовному праву. - К.: «Наукова думка». - 1969. - С. 188-190; Сергеев В. Соисполнительство по советскому уголовному праву. // Советская юстиция. - 1970. - №18. - С.5-6.; Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. - М.: Юрид.лит.- 1974. - С.148-152; Лыхмус У. квалификация действий соучастника в преступлении, не обладающего признаками специального субъекта. // Ученые записки Тартусского госуд. ун-та. Труды по правоведению. Вып. 666. - Тарту. - 1984. - С.38-42; Устименко В.В. Квалификация преступлений со специальным субъектом. - К.: УМК ВО. - 1988. - С.34; Кримінальне право України.Загаальна часстина. - К.: ЮРІНКОМ. ІНТЕР. - 1997. - С.271; Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: «Право». - 1997. - С.217-218; Кладков А. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии. // Законность. - 1998. - №8. - С.28. [↑](#footnote-ref-130)
131. Див.: Соловьев В.И.Борьба с должностными злоупотреблениями, обманом государства и приписками по советскому уголовному праву. - М.: Госюриздат. - 1963. - С.135. [↑](#footnote-ref-131)
132. Устименко В.В. Квалификация преступлений со специальным субъектом, с.35. [↑](#footnote-ref-132)
133. Див.: Сергеев В. Соисполнительство по советскому уголовному праву. - С.5-6; Устименко В.В. Квалификация преступплений со специальным субъектом. - С. 36-40; Кримінальне право України. Загальна частина. - Харків: «Право». - 1997. - С.218; Кладков А. Квалификация ппреступлений, совершенных в соучаастии. - С.28. [↑](#footnote-ref-133)
134. Практика судів України в кримінальних справах. 1993-1995. - К.: Юрінком. - 1996. - С.138-141. [↑](#footnote-ref-134)
135. Кримінальне право України: Загальна частина / За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. - Київ-Харків: Юрінком Інтер - Право, 2001. - С.216. [↑](#footnote-ref-135)
136. Кримінальне право України: Загальна частина. / Відп. ред. Кондратьєв Я.Ю. - К.: Правові джерела, 2002. - С.204-205. [↑](#footnote-ref-136)
137. Кримінальне право України: Загальна частина / За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. - Київ-Харків: Юрінком Інтер - Право, 2001. - С.216, 218. [↑](#footnote-ref-137)
138. Кримінальне право України: Загальна частина. / Відп. ред. Кондратьєв Я.Ю. - К.: Правові джерела, 2002. - С.205. [↑](#footnote-ref-138)
139. Там же. - С.209. [↑](#footnote-ref-139)
140. Практика судів України в кримінальних справах. 1993-1995. - К.: Юрінком. - 1996. - С.116-117. [↑](#footnote-ref-140)
141. Бажанов М.И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. – Харьков: «Право», 2000. – С.9. [↑](#footnote-ref-141)
142. Бажанов М.И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. – Харьков: «Право», 2000. – С.11-12. [↑](#footnote-ref-142)
143. Бажанов М.И. Уголовное право Украины. Общая часть. – Днепропетровск: Пороги, 1992. – С.101,102. [↑](#footnote-ref-143)
144. В літературі нерідко, виділяючи ознаки сукупності злочинів, серед них називають і загальні ознаки множинності - див. напр..: *Зеленецкий В.С.* Возбуждение уголовного дела при совершении совокупности пре ступлений. // Весы Фемиды. - 2001. - №3(19). - С.4. [c.3-9]. [↑](#footnote-ref-144)
145. Бажанов М.И. Множественность пре ступлений по уголовному праву Украины. – Харьков: «Право», 2000. – С.34. [↑](#footnote-ref-145)
146. Позиція автора не повністю узгоджується з чинним КК. Це, скоріше, пропозиція, для реалізації якої доцільно внести зміни у ч.1 ст.33 КК - передбачити можливість сукупності злочинів, відповідальність за які встановлена однією і тією ж нормою Особливої частини КК. [↑](#footnote-ref-146)
147. Див.: Пояснювальна записка до проекту Кримінального кодексу // Українське право. - 1997. - №2. - С.145. [↑](#footnote-ref-147)
148. *Марін О.К*. Конкуренція кримінально-правових норм. Дисертація ...к.ю.н. - Львів, 2001. - 216 с. [↑](#footnote-ref-148)
149. *Марін О.К.*Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. -К.: Атіка, 2003. - 224 с. Див.також: Конкуренція уголовно-правовых норм при квалификации преступлений: Учеб. пособие. - М.:ИНФРА-М, 2002. - 169 с. [↑](#footnote-ref-149)
150. Словник іншомовних слів./ Ред. *О.С.Мельничук*. – К.: Гол.ред. УРЕ, 1975. – С.352. Див. також: Словник української мови. - Т.4. - К.: Наукова думка, 1973. - С.261.; *Ожегов С.И*. Словарь русского языка. - М.: Русский язык,1991. С.291. [↑](#footnote-ref-150)
151. Див. напр..: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации пре ступлений. - М.: Юристъ, 1999. - С.210; Марін О.К. Кваліфікація при конкуренції кримінально-правових норм. - К.: Атіка, 2003. - С. 53 [↑](#footnote-ref-151)
152. Марін О.К. Конкуренція кримінально-правових норм. Дисертація ...к.ю.н. - Львів, 2001. - ??? с [↑](#footnote-ref-152)
153. З цього приводу О.К.Марін вдало відзначив те, що конкуренція є виявом динаміки процесу правозастосування, наявність же потенційно конкуруючих норм свідчить про статику - див.: Марін О.К. [↑](#footnote-ref-153)
154. Марін О.К. Вказана праця. - С. [↑](#footnote-ref-154)
155. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. - 2-е изд., перераб. и дополн. - М.: Юристъ,1999. - С.225. [↑](#footnote-ref-155)
156. Справа №22-379/1994.// Архів Апеляційного суду Львівської області. [↑](#footnote-ref-156)
157. В літературі висловлюються заперечення щодо такої назви складу злочину. Так, вказується, що поєднання слів привілейованість і злочин - несумісне, а термін "привілейоване вбивство" звучить як кощунство, оскільки ніхто не має привілею на вбивство - *Игнатов А.Н., Костарева Т.А.* Уголовная ответственность и состав преступления.// Уголовное право. Общая часть Курс лекцій – М.: Издательская группа ИНФРА.М.-НОРМА, 1996. - С.37. Це дійсно так, якщо йде мова про злочин - привілейованих злочинів дійсно бути не може. Але склад злочину, як видається, цілком може називатися привілейованим, адже така назва відображає правове значення відповідної сукупності ознак і не більше. Назва ж "склад злочину з пом'якшуючими ознаками" є невдалою, оскільки не відображає специфіки відповідних ознак, їх відмінність від ознак, які враховуються при призначенні покарання. [↑](#footnote-ref-157)
158. Див.: *Лесниевски-Костарерва Т.А.* Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: НОРМА, 1998 – С.7. [↑](#footnote-ref-158)
159. Див.: *Лесниевски-Костарерва Т.А.* Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: НОРМА, 1998 – С.17-18. [↑](#footnote-ref-159)
160. Бажанов М.И.Назначение наказания по советскому уголовному праву. – К.: “Вища школа”, 1980, с.33. [↑](#footnote-ref-160)
161. Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – с.110. [↑](#footnote-ref-161)
162. Свєтлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. – К.: «Наукова думка», 1978. – С.178. [↑](#footnote-ref-162)
163. Коташевський О. Окремі недоліки нового Кримінального кодексу України. // Право України. - 2002. - №11. - С.100. [↑](#footnote-ref-163)
164. Там же. - С.100. [↑](#footnote-ref-164)
165. Критику таких поглядів див.: Бородин С.В. Преступления против жизни. - М.: Юристъ, 1999. - С.135-137, 156-157. [↑](#footnote-ref-165)
166. 190 *Хахулина К.С*. Конкуренция уголовно-правовых норм и её преодоление в процессе их применения: Диссертация ...кандидата юридических наук. - Казань: Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина, 1984 - С.90-91. [↑](#footnote-ref-166)
167. 66 *Кудрявцев В.Н*. Общая теория квалификации преступлений. - М.: Юридическая литература, 1972. - С.245-246. [↑](#footnote-ref-167)
168. 190 *Хахулина К.С*. Конкуренция уголовно-правовых норм и её преодоление в процессе их применения: Диссертация ...кандидата юридических наук. - Казань: Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина, 1984 - С.90-91. [↑](#footnote-ref-168)
169. Кримінальне право України. Загальна частина. За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. - Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. - С.249. [↑](#footnote-ref-169)
170. В теорії кримінального права загальновизнано, що до обставин, які виключають злочинність діяння, відносяться як ті, що прямо передбачені Загальною частиною КК, так і ті, що, окремими статтями КК не регламентовані. Очевидно, що істотне розширення в КК 2001 р. переліку аналізованих обставин, не виключає того, що цілий ряд із них залишився поза законодавчою регламентацією. Зокрема, до них відноситься використання свого права (якщо це пов’язано з заподіянням шкоди іншим особам), згода потерпілого на заподіяння шкоди [↑](#footnote-ref-170)
171. Кримінальне право України. Загальна частина. За ред. професора П.С.Матишевського, доцентів П.П.Андрушка, С.Д.Шапченка. - К.: Юрінком Інтер, 1997. - С.192 (автор цього положення - П.П.Андрушко). [↑](#footnote-ref-171)
172. Кримінальне право України. Загальна частина. За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. - Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. - С.249. [↑](#footnote-ref-172)
173. Баулін Ю.В. Деякі принципові новели Загальної частини Кримінального кодексу України та проблеми їх застосування // Правова держава. Щорічник наукових праць. Випуск тринадцятий - К.: Ін-т держави і права ім.. В.М.Корецького НАН України, 2002. - С.315. [↑](#footnote-ref-173)
174. *Благов Е.В.* Квалификация деяний, исключающих уголовную ответственность // Государство и право. - 1992. - №9. - С.79 [↑](#footnote-ref-174)
175. Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1977. Часть 2. - М.: Известия. - 1978. - С.189. [↑](#footnote-ref-175)
176. Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - 1995. - №1. - К.: Юрінком. - 1995. - С. 91. [↑](#footnote-ref-176)
177. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности: Сборник судебных решений по уголовным делам. - К.: "Знання". - С.155. [↑](#footnote-ref-177)
178. Див.: ч.2 ст.111, ч.2 ст.114, ч.3 ст.175, ч.4 ст.212, ч.2 ст.255, ч.5 ст.258, ч.6 ст.260, ч.3 ст.263,ч.4 ст.289, ч.4 ст.307, ч.4 ст.309, ч.4 ст.311, ч.3 ст.369 КК 2001 р. [↑](#footnote-ref-178)
179. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. - К.: «Наукова думка». - 1978. - С. 129-130. [↑](#footnote-ref-179)
180. Див., наприклад, ст. 103, ст. 7 Закону України “Про статус суддів” від 15 грудня 1992 р.; ст. 16 Закону України “Про Конституційний суд України” від 16 жовтня 1996 р.; ст. 22 Закону України “Про арбітражний суд” від 4 червня 1991 р.; ст. 46 Закону України “Про прокуратуру” від 5 листопада 1991 р. [↑](#footnote-ref-180)
181. Светлов А.Я. Вказана робота. - С. 129-130. [↑](#footnote-ref-181)
182. Светлов А.Я. Вказана робота. - С.129-130. [↑](#footnote-ref-182)
183. Кримінальне право України. Загальна частина. За ред. професорів М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тація. - Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. - С.159. [↑](#footnote-ref-183)
184. Кримінальне право України. Загальна частина. За ред. професора П.С.Матишевського, доцентів П.П.Андрушка, С.Д.Шапченка. - К.: Юрінком Інтер, 1997. - С.179. [↑](#footnote-ref-184)
185. Кливер И.Я. Уголовно-правовые судебные ошибки квалификации преступлений и их предупреждение. Автореф. дисс. …к.ю.н. - М. - 1979 – 17 с. [↑](#footnote-ref-185)
186. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. Дисертація ...к.ю.н. - Львів, 2002. - 214 с. [↑](#footnote-ref-186)
187. Чи не єдиною роботою останніх років, в якій йдеться про випадки завідомо неправильної кваліфікації з метою “покращення” показників кримінально-правової статистики є дисертація С.М.Алфьорова - див. Алфьоров С.М. Діяльність органів внутрішніх справ по протидії злочинності у курортних регіонах (кримінологічне дослідження на матеріалах Запорізької області). Дисертація ...к.ю.н. - Харків, 2003. - С.35-37. [↑](#footnote-ref-187)
188. За даними управління внутрішньої безпеки і розслідувань МВС України у 2001 р. в Україні притягнуто до відповідальності за недбале ставлення до службових обов’язків 54,5 тис. працівників міліції, в т.ч. 1.4 тис. звільнено з органів внутрішніх справ. Цей підрозділ МВС як *некримінальні порушення* (?!)оцінює приховування злочинів від обліку (за що притягнуто 514 міліціонерів), незаконну відмову в порушенні кримінальних справ (піддано стягненням 378 працівників), фальсифікацію матеріалів (на чому піймано 75 осіб) - див.: Макарова О. Дисципліна в міліції - правопорядок в державі // Юридичний вісник України. - 2002 - 30 березня - 5 квітня. - С.14. [↑](#footnote-ref-188)
189. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. К.: Атіка, 2004. - С.36. Див. також: Назаров А.Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. - СПб: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. - С.17. [↑](#footnote-ref-189)
190. Див. напр.: Борисов В.И. Закон Украины об уголовной ответственности: понятие, функции и источники // Уголовное право: стратегия развития в ХХІ веке. Материалы международной научно-практической конференции. 29-30 января 2004 г. - М.: МГЮА, 2004. - С. 434-435. [↑](#footnote-ref-190)
191. Це положення КК України однозначно схвалюють всі вітчизняні теоретики і практики, які достатньо “натерпілися” від частих змін до раніше чинного кримінального законодавства, яке крім КК, включало й цілий ряд не кодифікованих актів, сферу дії яких та їх співвідношення з КК нерідко було важко визначити. Водночас, його чомусь часто не сприймають зарубіжні фахівці, які залучаються до експертної оцінки нового КК України. [↑](#footnote-ref-191)
192. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. - К.: Атіка, 2004. - С.32. [↑](#footnote-ref-192)
193. Тут і далі, коли говориться про статтю КК, маються на увазі і їх структурні підрозділи - частини, пункти. [↑](#footnote-ref-193)
194. Див. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. Дисертація ...к.ю.н. - Львів, 1993. [↑](#footnote-ref-194)
195. Див. напр.: Клівер И.Я. Уголовно-правовые ошибки квалификации преступлений и их преодоление. Автореферат дисс. …к.ю.н.. - М., 1979. - 18 с.; Колосовский В.В. Ошибки в квалификации уголовно-правовіх деяний. Автореферат дисс. …к.ю.н.. - Челябинск, 2003. - 27 с.; Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. - К.: Атіка, 2004. - 188 с. [↑](#footnote-ref-195)
196. Т.М.Марітчак, відзначав, що помилки у кваліфікації злочинів мають ненавмисний характер. При цьому він вказував, що ненавмисний характер помилки означає те, що вона може бути вчинена через необережність, або ж бути випадковою - див.: Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. - К.: Атіка, 2004. - С.36. [↑](#footnote-ref-196)
197. Виділення таких критеріїв запропоновано у згаданій кандидатській дисертації Т.М.Марітчака. [↑](#footnote-ref-197)
198. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. - К.: Атіка, 2004. - С.114-137. [↑](#footnote-ref-198)
199. Відомості Верховної Ради України. – 1997. - №50. – Ст. 302. [↑](#footnote-ref-199)
200. Бухгалтерская газета. - 2001. - 3 августа. (№30). [↑](#footnote-ref-200)
201. Див. напр.. Дудоров О.О. Діяння у складі злочину, передбаченому ст.212 Кримінального кодексу України: проблеми тлумачення і вдосконалення законодавства // Життя і право. - 2004. - №3. - С.68-70. [↑](#footnote-ref-201)
202. Марітчак Т.М. Причини помилок у кваліфікації злочинів: результат соціологічного дослідження // Право України. - 2001. - №7. - С.48. [↑](#footnote-ref-202)
203. Там же. - С.49, 51. [↑](#footnote-ref-203)
204. Див.: Тростюк З. Щодо назв у понятійному апараті Кримінального кодексу України // Право України. - 1999. - №12. - С.77-80. [↑](#footnote-ref-204)
205. Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). - К.: Атііка, 2001. - С.45-52. [↑](#footnote-ref-205)
206. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации пре ступлений. - М.: Юристъ, 1999. - С.274. [↑](#footnote-ref-206)
207. Там же [↑](#footnote-ref-207)