

# ЗМІНА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ (ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВOPOPУШЕННЯ) У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ



*П. П. Андрушко,  
кандидат юридичних наук,  
професор, завідувач кафедри  
кримінального права та  
кримінології юридичного  
факультету Київського  
національного університету  
імені Тараса Шевченка*

3. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) слідчим і прокурором при здійсненні досудового розслідування.
4. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) в судовому провадженні. Доповнення обвинувачення під час судового провадження.
  - 4.1. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) в судовому провадженні.
  - 4.2. Доповнення обвинувачення під час судового провадження.
5. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) після набрання вироком законної сили на стадії виконання вироку та після виконання вироку. Особливості зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення за нововиявленими обставинами.

### **3. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) слідчим і прокурором при здійсненні досудового розслідування**

Статтею 214 КПК визначається, що слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування.

Частиною 2 ст. 214 КПК визначено, що досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом (ч. 3 ст. 214 КПК).

Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань затверджено наказом Генерального прокурора України № 69 від 17 серпня 2012 р., наказами Генерального прокурора України № 113 від 14 листопада 2011 р. та № 13 від 25 січня 2013 р. Пунктом 2 цього Положення визначається Порядок внесення відомостей до ЄРДР. Згідно з п. 2.1 розд. 1 Положення до ЄРДР вносяться відомості про, зокрема: час та дату надходження заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення або виявлення з іншого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення; прізвище, ім'я, по батькові (найменування) потерпілого або заявника; короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, наведених потерпілим, заявником чи виявлених з іншого джерела; попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; час та дату повідомлення про підозру, відомості про особу, яку повідомлено про підозру, правову

Закінчення. Початок в № 5 за 2013 р.

Розглядаються питання щодо змісту понять «кваліфікація злочину», «кримінально-правова кваліфікація», «правова кваліфікація кримінального правопорушення» та їх співвідношення, а також питання про поняття зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення на стадіях кримінального провадження, її підстав та меж.

**Ключові слова:** кваліфікація злочину, правова кваліфікація кримінального правопорушення, кримінально-правова кваліфікація, зміна кваліфікації, підстави зміни кваліфікації

кваліфікацію кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність. Підпунктом 2.17 п. 2 розд. II Положення передбачено, що у разі, коли невідомі дата та час учинення кримінального правопорушення або інші відомості, інформація заноситься до ЄРДР після їх встановлення відповідно до порядку редагування, визначеного п. 8 Положення.

Виникає запитання, яким процесуальним документом має оформлятися рішення про зміну кваліфікації кримінального правопорушення органом досудового розслідування і судом. КПК однозначної, чіткої відповіді на це запитання не дає. Щодо стадії досудового розслідування, то згідно зі ст. 279 КПК слідчий, прокурор повинен скласти повідомлення про нову підозру або зміну раніше повідомленої підозри. Але якщо кримінальне провадження розпочато не проти конкретної особи, а за фактом виявлення діяння, що містить склад злочину, але не встановлена особа, яка його вчинила?

Правові орієнтири суддям судів першої та апеляційної інстанцій щодо видів неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність висловив Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в Інформаційному листі від 21 листопада 2012 р. № 10-1717/0/4-12 «Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» [9].

Зауваживши, що одним із завдань кримінальної процесуальної діяльності є правильне застосування норм закону України про кримінальну відповідальність, Вищий спеціалізований суд України роз'яснює суддям (звертає увагу суддів), що «... Неправильне застосування полягає в неправильному застосуванні норм як Особливої, так і Загальної частини КК, яке призвело до неправильної кваліфікації діяння; порушення правил призначення покарання; неправильного застосування норм, що визначають поняття злочину, строків давності та інших норм, що спричинило необґрунтоване засудження або виправдання підсудного, а також інші негативні наслідки.

Неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність може полягати: 1) у застосуванні закону, що втратив чинність або ще не набрав законної сили; 2) у необґрунтованому застосуванні кримінального закону, що не має зворотної дії в часі, і навпаки, в незастосуванні закону, що має зворотню дію, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання чинності таким законом; 3) у помилці при застосуванні положень закону щодо форми вини, співучасті у вчиненні злочину; 4) у помилковому визначенні кола суб'єктів, які підлягають

кримінальній відповідальності, стадій вчинення злочину, обставин, що виключають злочинність діяння, кваліфікуючих обставин (ознак) злочину».

Статтею 338 КПК встановлено, що: 1) прокурор, дійшовши до переконання, що обвинувачення потрібно змінити, після виконання вимог ст. 341 цього Кодексу складає обвинувальний акт, в якому формулює змінене обвинувачення та викладає обґрунтування прийнятого рішення. Копії обвинувального акта надаються обвинуваченому, його захиснику, потерпілому, його представнику та законним представникам. Обвинувальний акт долучається до матеріалів кримінального провадження; 2) якщо в обвинувальному акті зі змінним обвинуваченням ставиться питання про застосування закону України про кримінальну відповідальність, який передбачає відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення, чи про зменшення обсягу обвинувачення, головуючий зобов'язаний роз'яснити потерпілому його право підтримувати обвинувачення у раніше пред'явленому обсязі.

Зміна повідомлення про підозру може виражатися або у зміні формули кваліфікації, а відтак і зміні формулювання обвинувачення, або ж лише у зміні формулювання обвинувачення (збільшення чи зменшення його обсягу) без зміни формули кваліфікації.

Зміна кримінально-правової кваліфікації на будь-якій стадії кримінального провадження і з будь-яких підстав може також виражатися у зміні і формули кваліфікації, і формулювання обвинувачення, або ж лише у зміні формулювання обвинувачення. Наприклад, дії особи були кваліфіковані за ч. 4 ст. 185 КК як таємне викрадення чужого майна (крадіжка), вчинене повторно, у великому розмірі і поєднане з проникненням у приміщення, але у процесі досудового розслідування закінчився перебіг строків давності за вчинену особою першу крадіжку, у зв'язку з чим із формулювання обвинувачення підлягає виключенню вказівка на повторність як кваліфікуючу обставину. У цьому випадку формулювання обвинувачення змінюється в бік зменшення його обсягу. Обсяг обвинувачення може змінюватися і в бік збільшення його обсягу. Наприклад, дії особи були кваліфіковані за ч. 4 ст. 185 КК за ознаками вчинення таємного викрадення чужого майна (крадіжки) у великому розмірі з проникненням у приміщення, але в процесі досудового розслідування було встановлено, що раніше особою була вчинена крадіжка без обтяжуючих обставин. У цьому разі раніше вчинена крадіжка має бути кваліфікована самостійно за ч. 1 ст. 185 КК і одночасно формулювання раніше пред'явленого обвинувачення має бути доповнене вказівкою на повторність вчинення крадіжки.

Ю. П. Аленін і В. Ю. Захарченко зазначають, що зміна повідомлення про підозру полягає у:

а) непідтвердженні частини повідомлення про підозру; б) доповненні повідомлення; в) зміні правової кваліфікації кримінального правопорушення [6, 1104]. За необхідності змінити або доповнити повідомлення про підозру слід мати на увазі, зауважують Ю. П. Аленін і В. Ю. Захарченко, що нове повідомлення про підозру має бути узагальненим і складатися не в доповнення до попередніх повідомлень, а замість раніше складених повідомлень про підозру. У цьому випадку раніше складене повідомлення про підозру, яке повинно залишатися в матеріалах кримінального провадження, втрачає силу. Такий порядок дасть змогу підозрюваному, на думку Ю. П. Аленіна і В. Ю. Захарченка, більш повно реалізувати своє право на захист: ознайомившись із новим повідомленням про підозру у повному обсязі, підозрюваний має можливість глибше і ясніше усвідомити суть підозри, яку важко було б досягти, якби підозра містилася в окремих повідомленнях про підозру. Крім того, наявність у кримінальному провадженні кількох чинних повідомлень про підозру тієї ж особи здатне дезорієнтувати як самого підозрюваного, його захисника, так і прокурора, суд.

Ю. П. Аленін і В. Ю. Захарченко зазначають, що:

1) непідтвердження частини повідомлення про підозру означає, що повідомлення про підозру за окремим епізодом чи самостійним діянням не підтвердилося; не знайшла підтвердження кваліфікуюча ознака; не знайшла підтвердження та чи інша дія в структурі окремого епізоду або діяння, виявилася зайвою кваліфікація діяння за сукупністю злочинів (за декількома статтями КК); 2) доповнення повідомлення про підозру необхідне у тих випадках, коли в процесі розслідування, після повідомлення про підозру з'ясовуються нові факти злочинної діяльності особи, які можуть зумовити підозру у новому кримінальному правопорушенні або заміну підозри в одному кримінальному правопорушенні на підозру в іншому; 3) зміна повідомлення про підозру може зумовлюватися і виявленням обставин, які суттєво змінюють характер відомостей, викладених у попередньому повідомленні про підозру: можуть бути уточнені фактичні обставини вчиненого (місце, час, спосіб діяння, характер і розмір шкоди і т. ін.), виправлена раніше допущена помилка або неточність формулювання підозри. При цьому Ю. П. Аленін і В. Ю. Захарченко зауважують, що доповнення повідомлення про підозру і зміна повідомлення про підозру можуть призвести до зміни кваліфікації діянь [6, 549].

На мій погляд, окрім названих Ю. П. Аленіним і В. Ю. Захарченком типових, найбільш поширених підстав для зміни повідомлення про підозру, можуть бути і інші підстави, наприклад, визнання недопустимими доказів, якими підтвер-

джується обвинувачення. Підставою для зміни повідомлення про підозру можуть бути і підстави зміни кримінально-правової кваліфікації діяння: набрання чинності новим законом, яким пом'якшується кримінальна відповідальність; прийняття Конституційним Судом України рішення, яким визнається неконституційною певна норма (її частина) КК чи норма регулятивного закону у складах злочинів з бланкетними диспозиціями, чи дається офіційне тлумачення норми, яке обумовлює іншу кримінально-правову оцінку вчиненого діяння; прийняття Верховним Судом України рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КК, в якому дається інша кримінально-правова кваліфікація аналогічного (тотожного) за змістом діяння. Підставами для зміни повідомлення про підозру можуть бути, очевидно, і закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності чи погашення судимості за злочин, вчинення якого визнавалось підставою кваліфікації діяння, підозру у вчиненні якого було здійснено, як вчиненого повторно. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 49 КК строки давності обчислюються окремо за кожний злочин у випадках, коли перебіг строку давності за перший злочин був передбачений у зв'язку із вчиненням особою злочину середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину. Наприклад, особа спочатку вчинила крадіжку, яка кваліфікується за ч. 1 ст. 185 КК, а потім – грабіж, який кваліфікується за ч. 2 ст. 186 КК як вчинений повторно.

Від зміни обвинувачення, пов'язаного зі зміною правової кваліфікації кримінального правопорушення, слід відрізняти висунення додаткового обвинувачення з підстав і в порядку, встановлених ст. 339 КПК. У цьому разі попередня (первісна) правова кваліфікація, об'єктивізована у обвинувальному акті, не змінюється, а особі пред'являється додатково обвинувачення у вчиненні іншого чи інших кримінальних правопорушень.

Наприклад, громадянину М. повідомлено про підозру у вчиненні ним крадіжки на суму, еквівалентну 80 нмдг, тобто кримінального правопорушення – злочину, передбаченого ч. 1 ст. 185 КК. Під час досудового розслідування встановлено, що М. вчинив ще дві крадіжки на суми, еквівалентні 90 нмдг кожна – одну до вчинення крадіжки, повідомлення про підозру у вчиненні якої йому здійснено, а іншу – після вчинення крадіжки, повідомлення про підозру, у вчиненні якої йому здійснено. Залежно від того, як будуть кваліфіковані зазначені три епізоди крадіжок – як єдиний продовжуваний злочин, якщо вони матимуть його ознаки, чи як три окремі самостійні крадіжки, – дії М. можуть кваліфікуватись:

1) якщо вони не утворюють єдиної продовжуваної крадіжки, а є самостійними злочинами, – перший епізод за ч. 1 ст. 185 КК, другий епізод

- за ч. 2 ст. 185 КК за ознакою повторності, третій епізод також за ч. 2 ст. 185 за ознакою повторності і остаточно за сукупністю злочинів за ч. 1 ст. 185 і ч. 2 ст. 185 КК;
- 2) якщо вони утворюють єдину продовжувану крадіжку – за ч. 4 ст. 185 за ознакою вчинення крадіжки на суму, що становить великий розмір – 260 нмдг (80 + 90 + 90 нмдг);
  - 3) якщо єдиний продовжуваний злочин утворюють дві перші крадіжки – за сукупністю злочинів за ч. 3 ст. 185 за ознакою вчинення крадіжки, що завдала значної шкоди потерпілому (80 + 90 = 170 нмдг) і за ч. 2 ст. 185 КК за ознаками вчинення крадіжки повторно (щодо третього епізоду);
  - 4) якщо єдиний продовжуваний злочин утворюють другий і третій епізоди – за ч. 1 ст. 185 КК (перший епізод) і за ч. 2 ст. 185 КК за ознакою вчинення крадіжки, що завдала значної шкоди потерпілому (170 нмдг), і вчинення крадіжки повторно.

Дещо іншою буде кваліфікація дій М. у разі, якщо перший, другий, третій чи всі три епізоди крадіжок будуть поєднані з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, або ж буде іншою вартість майна, викраденого у кожному епізоді чи якомусь із них.

У наведеному прикладі епізод вчинення крадіжки, повідомлення про підозру у вчиненні якої було здійснено, у остаточній кваліфікації не матиме самостійної кваліфікації:

У разі якщо епізод вчинення М. крадіжки, повідомлення про підозру у вчиненні якої було вже здійснено, був першим, то він у остаточній кваліфікації дістане самостійну кваліфікацію за умови, що він був самостійним, тобто не об'єднаним із наступним епізодом єдиним умислом.

Нове повідомлення про підозру може бути як пов'язаним із зміною попередньої кримінально-правової кваліфікації вчиненого діяння, так і без такої зміни. Останнє матиме місце у разі збільшення чи зменшення обсягу обвинувачення – доповненні попередньої підозри новими епізодами, уточненні фактичного змісту підозри тощо.

В. Г. Гончаренко, зауваживши, що поява під час досудового розслідування нової підозри до особи, **зміна її фактичних підстав і правової кваліфікації**, а також часткове чи повне зняття підозри є досить поширеними ситуаціями, особливо в умовах, коли розслідування починається відразу після подання заяви чи надходження іншого повідомлення про кримінальне правопорушення об'єктивно без глибокого й всебічного дослідження підстав для початку кримінального провадження, зазначає, що зміна раніше повідомленої підозри, підставами якої (зміни чи доповнення підозри) виступають нові перевірені й достатньо обґрунтовані докази, полягає у (а) висуненні нової підозри, не пов'язаної одним злочинним

задумом з раніше повідомленою підозрою, у вчиненні кримінального правопорушення з до цього невідомими фактичними обставинами та іншою юридичною кваліфікацією; (б) доповненні попередньої підозри новими епізодами кримінального правопорушення, які кваліфікуються за однією й тією ж статтею (частиною статті) кримінального закону; (в) уточненні фактичного змісту підозри (час, місце, наслідки тощо); (г) виключенні з раніше повідомленої підозри епізодів протиправної діяльності, які не знайшли підтвердження в ході розслідування; (ґ) уточненні (зміні) юридичної кваліфікації раніше повідомленої підозри, тобто в кінцевому рахунку зміна раніше повідомленої підозри може здійснюватись шляхом внесення корективів як у фактичну сторону розслідуваного кримінального правопорушення, так і в юридичну оцінку вчиненого. При цьому В. Г. Гончаренко уточнює, що логіка припису ст. 279, який передбачає, що у разі виникнення підстав для повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри слідчий, прокурор зобов'язаний виконати дії, передбачені ст. 278 КПК, свідчить про те, що слідчий, прокурор має скласти нове повідомлення про підозру, зазначивши в ньому, з-поміж іншого, про скасування раніше врученого повідомлення про підозру [7, 610].

О. М. Бандурка зазначає, що після вручення особі письмового повідомлення про підозру під час подальшого досудового розслідування слідчий, прокурор можуть отримати фактичні дані, які вказуватимуть на вчинення нею інших кримінальних правопорушень. Крім того, отримані ними докази можуть свідчити про необхідність зміни первинної підозри за фактичними обставинами або виключення з неї окремих кримінальних правопорушень, епізодів, кваліфікуючих ознак тощо, які не знайшли свого підтвердження. Зазначені обставини, вважає О. М. Бандурка, слід розглядати як підстави для зміни повідомлення про підозру [8, 699].

**4. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) в судовому провадженні. Доповнення обвинувачення під час судового провадження**

**4.1. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) в судовому провадженні**

КПК 2012 р. лише у загальній формі визначає підстави зміни кримінально-правової кваліфікації при здійсненні судового провадження, і то лише щодо зміни кримінально-правової кваліфікації судом апеляційної і касаційної інстанцій. Такими підставами є неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, які КПК (ст. 409) визнає однією з підстав для скасування або зміни судового рішення судом апеляційної інстанції. Неправильне застосування судом закону України про кримінальну



відповідальність є підставою і для зміни попередньої кримінально-правової кваліфікації судами першої (щодо кримінально-правової кваліфікації, здійсненої органом досудового розслідування, об'єктивізованої у обвинувальному акті), апеляційної і касаційної інстанцій, щодо кваліфікації, здійсненої відповідно судом першої інстанції та судом першої чи/та судом апеляційної інстанції.

У КПК не міститься положення про те, що суд першої інстанції оцінює правильність правової кваліфікації кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа, здійсненої слідчими, а у передбачених КПК випадках – прокурором, у складеному ними обвинувальному акті, її обґрунтованості належними, достовірними і допустимими доказами та достатності зазначених у обвинувальному акті доказів. Крім того, КПК не встановлює, що суд оцінює правильність застосування в обвинувальному акті закону про кримінальну відповідальність з позиції застосування закону, який підлягає застосуванню, та правильності тлумачення застосованого закону – чи відповідає тлумачення точному змісту застосованого закону про кримінальну відповідальність.

У вступній частині вироку зазначається, зокрема, закон про кримінальну відповідальність, що передбачає кримінальне правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа (п. 5 ч. 2 ст. 374 КПК).

На підставі системного аналізу і тлумачення положень КПК щодо судового провадження, здійснюваного судом першої інстанції, напрошується висновок, що відповідно до КПК 2012 р., завданням суду першої інстанції є, з одного боку, лише оцінка доказів, зібраних слідчим і викладених слідчим чи прокурором в обвинувальному акті, на підставі якої **суд вирішує питання** (виділено мною – П. А.) про те, чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується особа, чи містить це діяння склад кримінального правопорушення і якою статтею закону про кримінальну відповідальність він (склад злочину – П. А.) передбачений, та чи винен обвинувачений у вчиненні цього кримінального правопорушення (п.п. 1-3 ч.1 ст. 368 КПК). З іншого боку, відповідно до ст. 374 КПК у мотивувальній частині вироку зазначаються: 1) у разі визнання особи виправданою – формулювання обвинувачення, яке пред'явлене особі і визнане судом недоведеним, а також підстави для виправдання обвинуваченого з зазначенням мотивів, з яких суд відкидає докази обвинувачення; 2) у разі визнання особи винуватою – формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність, що передбачає відповідальність за кримінальне правопорушення, винним у вчиненні якого визнається обвинувачений, докази на підтвердження **вста-**

**новлених судом** (а не органом досудового розслідування – П. А.) обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів, мотиви зміни обвинувачення, підстави визнання частини обвинувачення необґрунтованою, якщо судом приймалися такі рішення.

Наведені положення свідчать про те, що суд оцінює обвинувачення не з позиції правильності застосування закону про кримінальну відповідальність слідчим чи прокурором, а з позиції підтвердження/непідтвердження пред'явленого особі обвинувачення доказами, зібраними слідчим і зазначеними в обвинувальному акті.

Іншими словами, суд оцінює: 1) не правильність пред'явленого особі обвинувачення (правильність кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) діяння особи, у вчиненні якого вона обвинувачується), а лише те, чи підтверджується пред'явлене особі обвинувачення, тобто не правильність обвинувачення, а підтвердження/непідтвердження доказами пред'явленого обвинувачення, незалежно від того, правильно чи ні кваліфіковане діяння, тобто незалежно від того, правильно чи ні застосований закон про кримінальну відповідальність); 2) не законність пред'явленого особі обвинувачення згідно з нормами матеріального права з дотриманням вимог щодо кримінального провадження (ч. 2 ст. 370 КПК), а лише його обґрунтованість (його підтвердження об'єктивно з'ясованими судом обставинами, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК) та вмотивованість (ч.ч. 3, 4 ст. 370 КПК).

Слід керуватися, очевидно, такими положеннями КПК:

- обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і ухвалюється лише за умови доведення у ході судового розгляду винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 3 ст. 373);
- обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі з'ясування обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК (ч. 3 ст. 370);
- слідчий, прокурор, суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення (ст. 94);
- у мотивувальній частині вироку зазначаються, у разі визнання особи винуватою, формулю-

- вання обвинувачення, визнаного судом доведеним, статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність, що передбачає відповідальність за кримінальне правопорушення, винним у вчиненні якого визнається обвинувачений, докази на підтвердження встановлених судом обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів, мотиви зміни обвинувачення, підстави визнання частини обвинувачення необґрунтованою, якщо судом приймалися такі рішення (п. 2 ч. 3 ст. 374 КПК);
- у резолютивній частині обвинувального вироку зазначаються, зокрема, рішення про визнання обвинуваченого винуватим у пред'явленому обвинуваченні (обвинувачення пред'являється особі у повідомленні їй про підозру та у обвинувальному акті – П. А.) та відповідні статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність (п. 2 ч. 4 ст. 374 КПК).

Згідно зі ст. 409 КПК підставами для скасування або зміни судового рішення судом апеляційної інстанції є: 1) неповнота судового розгляду; 2) невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження; 3) істотне порушення вимог кримінального процесуального закону; 4) неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність.

Підстави для скасування або зміни судового рішення судом касаційної інстанції визначені ст. 438 КПК: 1) істотне порушення вимог кримінального процесуального закону; 2) неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність; 3) невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого. У ч. 2 ст. 438 КПК зазначається, що при вирішенні питання про наявність зазначених підстав суд касаційної інстанції має керуватися ст.ст. 412-414 КПК. Неповнота судового розгляду і невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження статтею 438 КПК не віднесені до підстав для скасування або зміни судових рішень при розгляді справи в суді касаційної інстанції.

Неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність, що тягне за собою скасування або зміну судового рішення, згідно зі ст. 413 КПК є:

- 1) незастосування судом закону, який підлягає застосуванню;
- 2) застосування закону, який не підлягає застосуванню;
- 3) неправильне тлумачення закону, яке суперечить його точному змісту;
- 4) призначення більш суворого покарання, ніж передбачено відповідною статтею (частиною статті) закону України про кримінальну відповідальність.

Зауважу, що для визнання незастосування закону України про кримінальну відповідальність, який підлягає застосуванню, неправильним повинне мати місце одночасно і застосування закону, який не підлягає застосуванню, оскільки само по собі незастосування закону, який не підлягає застосуванню, не є його неправильним застосуванням, – закон взагалі не застосований. При цьому може мати місце одна із двох ситуацій:

- 1) закон, який фактично застосований судом, застосуванню не підлягає;
- 2) діям особи дана неповна кримінально-правова кваліфікація, тобто їй необхідно додатково кваліфікувати і за іншою кримінально-правовою нормою.

Неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність може бути пов'язане з призначенням покарання внаслідок: а) недотримання правил призначення покарання за сукупністю злочинів або сукупністю вироків; б) порушення правил складання покарань і зарахування строку тримання під вартою; в) визнання судом при призначенні покарання обставиною, що обтяжує покарання, обставини, не передбаченої в ч. 1 ст. 67 КК, тощо.

У згадуваному інформаційному листі зазначається, що судам слід враховувати, що згідно із ч. 2 ст. 409 КПК невідповідність призначеного судом покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого може бути підставою як для скасування, так і для зміни рішення суду першої інстанції [9].

КПК 2012 р. суд апеляційної інстанції наділений повноваженнями скасовувати вирок суду першої інстанції і ухвалювати свій вирок у разі, зокрема, необхідності застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення чи збільшення обсягу обвинувачення (п. 1 ч. 1 ст. 420 КПК), а також скасовувати ухвалу суду першої інстанції про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру і постановляти свою ухвалу у разі, зокрема, необхідності правової кваліфікації діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, як більш тяжкого (п. 1 ч. 3 ст. 420 КПК). При цьому ст. 421 КПК встановлено, що, обвинувальний вирок, ухвалений судом першої інстанції, може бути скасовано у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення, коли це погіршує становище обвинуваченого, та ухвала суду першої інстанції про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, може бути скасована у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, лише у разі, якщо з цих підстав апеляційну скаргу подали прокурор, потерпілий чи його представник (ч.ч. 1, 3 ст. 421 КПК).

Таким чином, суд апеляційної інстанції не наділений повноваженнями скасовувати вирок чи ухвалу суду першої інстанції про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру і постановляти власний вирок чи власну ухвалу у зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення чи збільшення обсягу обвинувачення з власної ініціативи.

Суд касаційної інстанції при розгляді справи, встановивши, що мало місце неправильне застосування судом першої та/або апеляційної інстанції закону України про кримінальну відповідальність, має право скасувати чи змінити такі судові рішення. При цьому суд касаційної інстанції має керуватися ст.ст. 412-414 КПК (ч.ч. 1, 2 ст. 438 КПК). Однак суд касаційної інстанції не має права застосовувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення чи суворіше покарання, тобто у цьому разі суд касаційної інстанції має право лише скасувати судові рішення і призначити новий розгляд у суді першої чи апеляційної інстанції.

Враховуючи зазначені положення КПК, можна зробити висновок, що суд касаційної інстанції може змінити кримінально-правову кваліфікацію діяння, вчиненого засудженим, здійснену судом першої та/або апеляційної інстанції, лише у разі необхідності застосувати закон про більш легке кримінальне правопорушення.

Обвинувальний вирок, ухвалений судом першої чи апеляційної інстанції, ухвалу суду апеляційної інстанції щодо вироку суду першої інстанції може бути скасований у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення чи суворіше покарання або в інший спосіб погіршити становище засудженого лише у разі, якщо з цих підстав касаційну скаргу подав прокурор, потерпілий чи його представник.

У мотивувальній частині ухвали суду касаційної інстанції мають бути зазначені обставини, встановлені судами першої та апеляційної інстанцій, а також мотиви, з яких виходив суд касаційної інстанції при постановленні ухвали, і положення закону, яким він керувався, а в резолютивній частині – висновок суду по суті вимог касаційної скарги (п. 2 ч. 1 ст. 442 КПК).

Відповідно до ч. 2 ст. 455 КПК, якщо Верховний Суд України встановить, що судові рішення у справі, яка переглядається з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм Закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень (п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК), є незаконним, він скасовує його повністю чи частково, змінює його і ухвалює нове судові рішення або направляє справу на новий судовий

розгляд до суду касаційної інстанції. У мотивувальній частині ухвали має міститися обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання. У резолютивній частині нового судового рішення має міститися висновок про те, як саме має застосуватися відповідна норма Закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Оскільки висновок ВС України, викладений у його ухвалі у справі, яку він розглядав з підстави неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим не лише для всіх судів України, а й для прокуратури, яка за юридичним статусом є суб'єктом владних повноважень, який застосовує у своїй діяльності відповідну норму закону про кримінальну відповідальність, то такий висновок тягне за собою (зумовлює) такі наслідки:

1) обов'язок суду касаційної інстанції переглянути прийняте ним оскаржуване рішення і змінити зроблену ним кримінально-правову кваліфікацію на статтю (частину статті) Особливої частини КК, вказану (визначену) Верховним Судом України у резолютивній частині його рішення;

2) обов'язок прокуратури оскаржити всі конкретні судові рішення (вироки, постанови, ухвали) судів, копії яких додавалися до заяви про перегляд судового рішення (ст. 448 КПК), в яких була інша кваліфікація подібного суспільно небезпечного діяння, у разі, якщо ВС України визнає, що судові рішення, яке ним переглядалося, є законним, оскільки визнання зробленої судом касаційної інстанції кримінально-правової кваліфікації правильною є водночас і визнанням неправильною кримінально-правової кваліфікації, зробленої судами в справах, копії рішень по яких додавались до заяви про перегляд ВС України судового рішення, з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Однак слідчі органів досудового розслідування при здійсненні досудового розслідування та складанні обвинувального акта (висновку) і прокурори, затверджуючи обвинувальні акти (висновки), складені слідчими, або ж при складанні обвинувального акта прокурором, зокрема якщо він не погоджується з обвинувальним актом, що був складений слідчим, нерідко нехтують положеннями КК щодо дії закону про кримінальну відповідальність у часі. При цьому в обвинувальних актах (висновках) у формулі кваліфікації (обвинуваченні) зазначається, що дії обвинувачених кваліфікуються за такою-то статтею (частиною статті) КК в редакції закону, в якій вона була чинною на час вчинення обвинуваченим діяння.

яке визнається таким, що містить склад злочину, передбачений відповідною статтею (частиною статті) КК.

Надалі така ж формула кваліфікації зберігається (залишається) і у вироків судів, тобто у них зазначається, що засуджений визнається винним у вчиненні злочину, передбаченого такою-то статтею (частиною статті) КК, в редакції до набрання чинності законом, яким до статті (частини статті) були внесені зміни.

Така формула кваліфікації свідчить про те, що і слідчий, і прокурор, і суд знають (розуміють), що законом, який ними зазначається, внесені зміни до статті (частини статті), за якою кваліфікуються дії обвинуваченого чи засудженого, та що цим законом пом'якшено кримінальну відповідальність чи іншим чином поліпшено становище особи обвинуваченого чи засудженого.

Як зазначалось, однією з підстав зміни кваліфікації кримінального правопорушення, яка є видом неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність, є незастосування нового закону про кримінальну відповідальність, який пом'якшує кримінальну відповідальність чи іншим чином поліпшує становище особи, а застосування закону, який був чинним на момент вчинення діяння, тобто має місце незастосування закону, який підлягає застосуванню, і застосування закону, який не підлягає застосуванню (п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 413 КПК).

Наочним прикладом неврахування (ігнорування) слідчим, прокурором, а потім і судом положень КК щодо дії закону про кримінальну відповідальність (кримінального закону у часі) є вирок Печерського районного суду м. Києва від 12 квітня 2012 р., яким М. засуджено за ч. 3 ст. 365 КК (в редакції до набрання чинності Законом № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.) до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки із застосуванням ст. 69 КК, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків в установах, організаціях чи на підприємствах всіх форм власності строком на три роки; І. засуджено за ч. 2 ст. 364 КК (в редакції до набрання чинності Законом № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.) до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків в установах, організаціях чи на підприємствах всіх форм власності строком на 2 роки; за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 365 КК (в редакції до набрання чинності Законом № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.) до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років із застосуванням ст. 69 КК з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків в установах, організації-

ях чи на підприємствах всіх форм власності строком на 3 роки та з позбавленням 2-го рангу державного службовця. На підставі ч. 1 ст. 70 КК шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим остаточне покарання визначене у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків в установах, організаціях чи на підприємствах всіх форм власності строком на 3 роки та з позбавленням 2-го рангу державного службовця.

В строк відбування покарання засудженим І. зараховано строк його попереднього ув'язнення, починаючи з 21 серпня 2010 р. (тобто 1 рік, 8 місяців і 22 дні – П. А.).

В строк відбування покарання засудженим М. зараховано строк його попереднього ув'язнення, починаючи з 22 жовтня 2010 р. (тобто 1 рік, 6 міс., 21 день).

Ухвалою колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду м. Києва від 14 серпня 2012 р. вирок щодо М. і І. в частині кваліфікації їх дій залишено без змін. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, розглядаючи справу як суд касаційної інстанції, зазначену ухвалу Апеляційного суду м. Києва залишив без змін.

У вирокі Печерського районного суду м. Києва зазначається<sup>1</sup>:

«15.05.2009 ухвалою господарського суду АР Крим керуючим санацією ДП «ФСМЗ» МОУ призначено арбітражного керуючого М., який з цього часу мав повноваження та обов'язки керуючого санацією, визначені Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», а також виконував обов'язки керівника цього державного підприємства, ніс повну відповідальність за його стан, результати діяльності та збереження майна згідно із Статутом <...>.

М. з 15.05.2009, відповідно до покладених на нього організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків керівника ДП «ФСМЗ» МОУ, а також спеціальних повноважень керуючого санацією, являвся службовою особою в розумінні примітки до ст. 364 КК України <...>.

Незважаючи на ... вимоги чинного законодавства України, М. після призначення його судом керуючим санацією, будучи службовою особою, у період з 15 травня 2009 року до 05 лютого 2010 року умисно вчинив дії, які виходили за межі наданих йому прав та повноважень, та полягали у незаконному відчуженню у процесі санації майна ДП «ФСМЗ» МОУ, усвідомлюючи протиправ-

<sup>1</sup> Текст фрагментів вироку наводиться в редакції оригіналу без будь-яких граматичних, синтаксичних редакційних змін.



ність цих своїх дій <...>.

Окрім того М. порушив також і пункт 5 статті 3-1 та пункт 6 статті 17 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», які зобов'язували його, як керуючого санацією, здійснювати заходи щодо захисту майна боржника, діяти сумлінно та розумно з урахуванням інтересів боржника.

Підписавши ... вищевказаний план санації, М. 28 вересня 2009 року, перевищуючи надані йому службові повноваження керуючого санацією та порушуючи вимоги вищевказаних законів, направив два примірники цього плану санації до Міністерства оборони України для погодження. При цьому М. усвідомлював, що правові підстави для погодження органом управління майном плану санації відсутні.

26 жовтня 2009 року підписаний М. план санації ДП «ФСМЗ» МОУ надійшов у Міністерство оборони України до ТВО Міністра оборони України І.

І., відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 05.06.2009 № 604-р, займав посаду першого заступника Міністра оборони України, а з 10 червня 2009 року і до 26 травня 2010 року, відповідно до Закону України «Про тимчасове виконання обов'язків посадових осіб, яких призначає на посаду за згодою Верховної Ради України Президент України або Верховна Рада України за поданням Президента України», та на підставі наказу МО України від 10.06.2009 № 309, тимчасово виконував обов'язки Міністра оборони України.

Під час тимчасового виконання обов'язків Міністра оборони України І. мав повноваження, передбачені Положенням про Міністерство оборони України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 3 серпня 2006 р. № 1080, здійснював керівництво Міністерством і ніс відповідальність перед Президентом України, Верховною Радою України та Кабінетом Міністрів України за формування і реалізацію державної політики з питань національної безпеки у військовій сфері, оборони і військового будівництва <...>.

Виходячи з покладених на І. посадових повноважень, він у період з 10.06.2009 до 26.05.2010 був службовою особою у розумінні примітки до ст. 364 КК України, оскільки обіймав посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків <...>.

Розглянувши попередньо вищевказаний план санації, І. 26 жовтня 2009 року доручив вивчити його структурним підрозділам Міністерства оборони України на предмет відповідності чинному законодавству та можливості погодження.

За результатами вивчення цього плану санації Департаментом економічної та господарської ді-

яльності МО України було підготовлено доповідь І. від 10.11.2009 № 225/7/7562 та проект відповіді керуючому санацією М. про неможливість його погодження у зв'язку з невідповідністю вимогам чинного законодавства України.

Зокрема, у доповіді та проекті відповіді зазначалося, що поданий М. план санації ДП «ФСМЗ» МОУ не відповідає вимогам пункту 5 статті 17, статтям 18-19 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та пункту 2 статті 5 Закону України «Про приватизацію державного майна», оскільки передбачав продаж нерухомого майна, виробничого обладнання і техніки боржника, які у своїй сукупності склали цілісний майновий комплекс підприємства із завершеним циклом виробництва. Також зазначалося, що план санації передбачає продаж причалів та структурних підрозділів майнового комплексу, що забезпечують постійне розміщення і зберігання державних резервів і мобілізаційних запасів, відчуження яких за процедурою санації теж дозволяється.

І. розглянув вказану доповідь, погодився з нею та 13 листопада 2009 року підписав відповідь керуючому санацією М. про неможливість погодження плану санації ДП «ФСМЗ» МОУ із наведених вище причин, яку 17 листопада 2009 року листом за № 220/5353 було направлено М. Копію відповіді цього ж дня направлено М. також і електронним Інтернет зв'язком.

Між тим, вже 18 листопада 2009 року І., незважаючи на підписану ним відповідь М. про неможливість погодження плану санації ДП «ФСМЗ» МОУ, будучи службовою особою – тимчасово виконуючим обов'язки Міністра оборони України, перебуваючи у м. Києві у своєму службовому кабінеті в приміщенні Міністерства оборони України за адресою: м. Київ, Повітрофлотський проспект, 6, діючи умисно, всупереч частини 2 статті 19 Конституції України, вимог вищевказаних законів, своїх посадових обов'язків та всупереч інтересам служби, зловживаючи своїм службовим становищем в інтересах М., погодив (підписав) план санації державного підприємства «Феодосійський судномеханічний завод» Міністерства оборони України, який не відповідав вимогам чинного законодавства України, усвідомлюючи протиправність своїх дій, та те, що М. буде здійснювати незаконне відчуження визначеного планом санації державного майна. Цим самим І. усунув перешкоду, яка полягала у необхідності обов'язкового погодження плану санації з органом управління державним майном, та сприяв М. у вчиненні подальших протиправних дій по незаконному відчуженню державного майна. Також цими ж своїми протиправними діями І. створив умови для вчинення М. подальшого незаконного відчуження майна.

При цьому І., створюючи видимість законнос-

ті своїх та М. дій, власноручно зробив запис на сторінці 58 плану санації про те, що відчуження майна цього державного підприємства здійснюється відповідно до вимог постанови Кабінету Міністрів України № 803 від 6 червня 2007 р. «Про затвердження порядку відчуження об'єктів державної власності». Разом із тим, дія цієї постанови на відчуження за процедурою санації цілісних майнових комплексів державних підприємств, їх структурних підрозділів та іншого державного майна не поширюється.

У свою чергу М., перебуваючи у м. Феодосії на території ДП «ФСМЗ» МОУ, отримавши із Міністерства оборони України електронним Інтернет зв'язком підписаний І. лист від 17 листопада 2009 р. за № 220/5353, у якому було викладено усі наявні у плані санації ДП «ФСМЗ» МОУ порушення вимог чинного законодавства України та вказано на неможливість у зв'язку з цим його погодити Міністерством оборони України, а також отримавши його 03.12.2009, перевищуючи свої службові повноваження, умисно не надав цього листа на реєстрацію у діловодство ДП «ФСМЗ» МОУ, та у подальшому про його наявність і зміст умисно не повідомляв комітету кредиторів, господарському суду АР Крим та керівництву товарної біржі «Кримська аграрна біржа», приховавши тим самим інформацію щодо невідповідності плану санації вимогам закону.

28 грудня 2009 р. М., будучи присутнім у судовому засіданні, наполягав на затвердженні плану санації ДП «ФСМЗ» МОУ як такого, що відповідає вимогам чинного законодавства України, приховавши при цьому від суду інформацію щодо невідповідності плану санації вимогам закону. Виходячи з отриманої від М. інформації, та взявши до уваги, окрім іншого, погодження плану санації І., як керівником органу управління майном боржника, господарським судом АР Крим у справі № 2-19/1595-2008 план санації цього ж дня було затверджено.

Також 28 грудня 2009 р. м. Сімферополі М., перевищуючи надані йому службові повноваження керуючого санацією, порушуючи вимоги вищевказаних законів, подав повторну заявку до товарної біржі «Кримська аграрна біржа» для проведення аукціону з продажу визначеного у плані санації ДП «ФСМЗ» МОУ майна, який відбувся 14.01.2010 та його переможцем визнано ТОВ «Авіа-Інвест».

19 січня 2010 р. у м. Сімферополі М., перебуваючи у приміщенні Товарної біржі «Кримська аграрна біржа», перевищуючи надані йому службові повноваження керуючого санацією та порушуючи вимоги вищевказаних законів, підписав договір купівлі-продажу № 001/002 (біржовий контракт), згідно з яким продав ТОВ «Авіа-Інвест» за 17 240 227 грн. нерухоме майно, виробниче обладнання та автотранспорт ДП «ФСМЗ»

МОУ, яке у сукупності складає цілісний майновий комплекс підприємства із завершеним циклом виробництва. При цьому М. усвідомлював, що відчуження цього майна за процедурою санації заборонено чинним законодавством України.

Таким чином, М. у період з 15 травня 2009 р. до 5 лютого 2010 р. у м. Сімферополі та м. Феодосії АР Крим, будучи службовою особою – керуючим санацією державного підприємства «Феодосійський судномеханічний завод» Міністерства оборони України, за вищевказаних обставин, умисно, вчинив дії за пособництвом ТВО Міністра оборони України І., які він не мав права виконувати та які явно виходили за межі наданих йому прав та повноважень, а саме: склав і підписав план санації зазначеного державного підприємства, у якому умисно передбачив продаж належного Міністерству оборони України майна всупереч вимог п. 5 ст. 3-1, п. 5, 6 ст. 17 та ст.ст. 18-19 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», пункту 2 статті 5 Закону України «Про приватизацію державного майна»; подав зазначений план санації, який не відповідав вимогам чинного законодавства України, до Міністерства оборони України, до комітету кредиторів ДП «ФСМЗ» МОУ, до господарського суду АР Крим і до товарної біржі «Кримська аграрна біржа», приховуючи інформацію щодо його незаконності, підписав договір купівлі-продажу майна цього державного підприємства з ТОВ «Авіа-Інвест» та передав визначене у плані санкції державне майно до ТОВ «Авіа-Інвест» згідно з актом прийому-передачі.

Унаслідок вчинення М. за пособництвом ТВО Міністра оборони України І. вищевказаних умисних дій по продажу майна ДП «ФСМЗ» МОУ, які він, як керуючий санацією, не мав права виконувати, державним інтересам спричинено тяжкі наслідки у вигляді матеріальних збитків на суму 70 971 260 гривень, що більше ніж у 250 разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; заподіяння іншої шкоди нематеріального характеру у вигляді розвалу діяльності державного підприємства, унеможливлення виконання Міністерством оборони України завдань по забезпеченню ремонту двигунів бойових кораблів Військово-Морських Сил Збройних Сил України, погіршення стану бойової готовності Збройних Сил України, унеможливлення виконання визначеного Кабінетом Міністрів України мобілізаційного завдання».

У виroku зазначається, що «... підсудний М. в судовому засіданні свою вину у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК України не визнав та показав, що вважає себе винним у зловживанні своїми повноваженнями як особою, яка не є державним службовцем, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних

послуг, а саме арбітражного керуючого, з метою отримання неправомірної вигоди для інших осіб, які завдали істотної шкоди державним інтересам та спричинили тяжкі наслідки, тобто у вчиненні злочину, відповідальність за який передбачена ст. 365-2 КК України, <...> розуміє, що порушив вимоги законодавства України щодо заборони реалізації причалів, безсумнівно, згоден, що порушив ст. 365-2 КК України».

У вироку зазначається, що «... незважаючи на повне невизнання своєї вини підсудним І. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 365; ч. 2 ст. 364 КК України, та визнання підсудним М. фактичних обставин справи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК України, суд вважає, що їхня вина у вчиненні злочинів, відповідальність за які передбачена ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 365; ч. 2 ст. 364; ст. 365 КК України, підтверджується зібраними доказами по справі».

У вироку також зазначається, що «... судом не приймаються до уваги доводи підсудного М. та його захисту про те, що М. не є суб'єктом злочину, відповідальність за який передбачена ст. 365 КК України, оскільки останнього було призначено арбітражним керуючим за судовим рішенням господарського суду від 15 травня 2009 р., у коло повноважень якого з цього часу входили організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки, тобто відповідно до ст. 364 КК являвся службовою особою».

У вироку Печерського районного суду м. Києва від 12 квітня 2012 р. не визначено (не конкретизовано), в якій саме формі із зазначених у п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» вчинено М. перевищення службових повноважень.

Пленум ВС України роз'яснює, що під перевищенням влади або службових повноважень треба розуміти: а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства; б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов; в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені лише колегіально; г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти.

У вироку лише зазначається, що М. умисно вчинив дії, які він не мав права виконувати та які явно виходили за межі наданих йому прав та повноважень.

У своїх публікаціях в період до набрання чинності ст. 235-3 КК, якою КК був доповнений Законом № 1507-VI від 11 червня 2009 р. і яка була чинною з 1 до 5 січня 2011 р., я обґрунтовував позицію, що арбітражний керуючий за своїм

юридичним статусом є службовою особою – особою, яка виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням, яким він наділяється за рішенням суду. М., будучи арбітражним керуючим, міг бути визнаний суб'єктом злочинів, склади яких передбачені ст.ст. 364, 365, 366 та 367 КК. Проте законодавець Законами від 11 червня 2009 р. № 1507-VI і від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI відніс арбітражного керуючого за юридичним статусом до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, які є суб'єктами злочинів, склади яких передбачені ст. 365-2 та ч. 3 ст. 368-4 КК.

Відповідно до змін, внесених до КК названими законами, покарання за злочин, склад якого передбачений ст. 365-2 КК, більш м'яке, ніж покарання, передбачене ст. 365 КК, а отже, дії арбітражного керуючого – підозрюваного та обвинуваченого, вчинені до 1 січня 2011 р., які були кваліфіковані за ст. 365 КК, мали бути перекваліфіковані на ст. 235-3 або на ст. 365-2 КК.

Зазначу, що норми, передбачені ст.ст. 364-1, 365-1 та 368-3, якими передбачається відповідальність за службові злочини, вчинені службовими особами юридичних осіб приватного права, встановлюють більш м'яке покарання, ніж покарання, яке передбачено ст.ст. 364, 365 та 368 КК, а тому дії таких службових осіб підлягали 1 січня 2011 р. перекваліфікації з цих статей, із яких відповідні склади злочинів виділені, на ст.ст. 235-1, 235-2 та 235-4 КК, а вчинені в період з 5 січня до 1 липня 2011 р. – на ст.ст. 364-1, 365-1 та 368-3 КК, в редакції Закону № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.

У зв'язку із диференціацією законодавцем відповідальності за злочини у сфері службової діяльності спочатку законом від 11 червня 2009 р. № 1507-VI, а потім Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI шляхом доповнення КК першим законом ст.ст. 235-1, 235-2 та 235-4, а другим – ст.ст. 364-1, 365-1 та 368-3, виникло запитання, на які із зазначених статей повинні з 1 липня 2011 р. до 17 січня 2012 р. перекваліфіковуватися дії службових осіб юридичних осіб приватного права, вчинені ними до 1 січня 2011 р.: статті так званого проміжного закону, яким є закон від 11 червня 2009 р. № 1507-VI, чи на статті Закону № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.

Зверну увагу на те, що Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI внесені зміни до санкцій всіх частин ст.ст. 364-1, 365-1, 365-2, 368-3 та 368-4 КК – замість передбачених у них видів основних покарань введено єдине основне покарання у виді штрафу, а отже, дії осіб, які є суб'єктами злочинів, склади яких передбачені цими статтями, вчинені до 1 січня 2011 р., після 17 січня 2012 р. підлягають кваліфікації за ст.ст. 364-1, 365-1, 365-2, 368-3 та 368-4 КК в

редакції від 7 квітня 2011 р. із змінами, внесеними Законом від 15 листопада 2011 р.

У статті, опублікованій у «Юридичному віснику України», аналізуючи вирок Печерського районного суду м. Києва від 12 квітня 2012 р., я зауважував, що «цей вирок, як і вирок у справах Ю. В. Тимошенко і Ю. В. Луценка, претендує, на мій погляд, на те, щоб з часом стати у навчальному процесі з дисциплін «кримінальне право» та «кримінальне процесуальне право» хрестоматійним прикладом усвідомленого, вмотивованого, вибіркового і упередженого, неправильного застосування судами норм матеріального кримінального права, нехтування суддями вимог кримінально-процесуального закону щодо законності і обґрунтованості вироку, європейських стандартів правосуддя та позицій Європейського суду з прав людини щодо права на справедливий судовий розгляд, зокрема права на захист, однобічності і вибіркової у визнанні доказів у справі належними, допустимими/недопустимими, повними і достовірними.

У мотивувальній частині вироку Печерський районний суд м. Києва взагалі не зазначає формулювання обвинувачення (кримінально-правової кваліфікації дій засуджених (обвинувачених) органом досудового слідства), окрім того у вирокі фактично відсутнє чи не конкретизоване і формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, із зазначенням, зокрема, способу вчинення та наслідків злочину, форми і видів вини і, головне, мотивів злочину. Відповідно до ст. 334 КПК 1960 р. у мотивувальній частині обвинувального вироку повинні бути наведені докази, на яких ґрунтується висновок суду щодо кожного з підсудних, з зазначенням мотивів, з яких суд відкидає їхні докази.

Суд у вирокі стверджує, що І., погодивши (підписавши) план санації ДП «ФСМЗ» МОУ, вчинив зловживання службовим становищем в інтересах М., усвідомлюючи протиправність своїх дій та те, що М. буде здійснювати незаконне відчуження визначеного планом санації державного майна, і цим самим усунув перешкоду, яка полягала у необхідності обов'язкового погодження плану санації з органом управління майном, та сприяв М. у вчиненні подальших протиправних дій по незаконному відчуженню державного майна, створивши також умови для вчинення М. подальшого незаконного відчуження майна. Аналіз обвинувального висновку і вироку суду, на мій погляд, дає підстави стверджувати, що висновок суду про те, що І., підписуючи план санації ДП «ФСМЗ» МОУ, діяв в інтересах М. – сприяв останньому у вчиненні незаконних (протиправних) дій по незаконному відчуженню державного майна, створивши умови для цього, – не підтверджується жодними доказами, є надуманим, в основі яких – припущення досудового слідства і

суду.

Суд не взяв до уваги і не дав оцінки тому факту, що, підписуючи (погоджуючи) план санації, І., за порадою С., зробив на с. 58 плану санації власноручно застереження (примітку), яке, як пояснив І., на його думку, унеможливило незаконне відчуження майна заводу. Оцінка І. своїх дій як правомірних підтверджується тим, що у листах, підписаних на адреси Генеральної прокуратури, Секретаріату Президента України, народного депутата України, постійного представника Президента України в Автономній Республіці Крим Ж., зазначалось, що погоджений ним план санації передбачає відчуження лише частини майна, яке не задіяне у виробництві, а виробничі потужності підприємства залишаються в сфері управління МО України. Зазначені показання органом досудового слідства і судом ніякими доказами не спростовуються, але не враховуються – відкидаються.

На мій погляд, ситуація (обстановка) підписання (погодження) І. плану санації ДП «ФСМЗ» МОУ і зазначені його листи свідчать про те, що ним допущена службова недбалість – І., очевидно, не передбачав, що підписаний (погоджений) ним план санації ДП «ФСМЗ» МОУ навіть із зробленою ним власноручно приміткою (застереженням) на с. 58 плану санації, може бути використаний для незаконного відчуження державного майна, яке не може бути відчужене, але, очевидно, повинен був і міг передбачити можливість незаконного відчуження державного майна.

У вирокі не зазначено, яким конкретно інтересам заподіяна шкода діями І., які судом розцінюються як зловживання владою та службовим становищем, яка конкретно шкода та який її розмір, а також не визначено мотиви і мету дій, вчинених ним. Неупереджений аналіз зазначених у вирокі дій І., як і наведені вище, дозволяє, на мій погляд, ставити питання про допущення ним службової недбалості. Жодних доказів щодо вчинення І. зловживання владою або службовим становищем у вирокі суду не міститься.

По-друге, з 1 до 5 січня 2011 р. була чинною ст. 235-3 КК, якою він був доповнений Законом № 1507-VI від 11 червня 2009 р., а з 1 липня 2011 р. набрали чинності зміни, внесені до КК Законом № 3207-VI від 7 квітня 2011 р., яким КК доповнений ст. 365-2 (аналогічною за змістом ст. 235-3 КК), якою передбачена відповідальність за зловживання своїми повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. До кола цих осіб прямо віднесено і арбітражного керуючого. Законом фактично декриміналізовано перевищення службових повноважень, яке вчинене арбітражним керуючим, оскільки арбітражний керуючий з 1 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. законодавцем не відноситься до категорії службових



осіб. У зв'язку з цим, згідно зі ст.ст. 4, 5 КК, дії М. органом досудового слідства і судом повинні були оцінюватись з позиції ст. 235-3 та ст. 365-2 КК і кваліфікуватись за однією із них залежно від того, якою із них встановлена більш м'яка відповідальність. При цьому слід враховувати, що обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ст. 365-2 КК, є мета – одержання неправомірної вигоди. Мотив і мета вчинення М. дій, які органом досудового слідства і судом кваліфіковані як перевищення влади та службових повноважень, у вирокі не зазначені. Якщо М., вчинюючи дії, які ставляться йому за вину, не мав на меті одержати неправомірну вигоду, визначення якої дається у примітці до ст. 364-1 КК, то вчинені ним дії взагалі не містять ні складу злочину, передбаченого ст. 365-2, який передбачався ст. 235-3, ні складу злочину, передбаченого ст. 365 КК.

З урахуванням положень ст. 5 КК суд, постановляючи вирок, мав розглянути питання про перекваліфікацію дій М. зі ст. 365 на ст. 235-3 чи на ст. 365-2 КК і перекваліфікувати дії М. на ст. 365-2, оскільки на момент винесення вироку 12 квітня 2012 р. ст. 365-2 встановлена більш м'яка відповідальність внаслідок внесення до неї змін Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI: за наявності в його діях всіх необхідних (обов'язкових) ознак складу злочину, передбаченого цією статтею (з урахуванням змін, внесених до ст. 365-2 КК Законом № 4025-VI від 15 листопада 2011 р.), перекваліфікувати дії М. на ст. 365-2 КК. У вирокі зазначається, що саме так ставив питання М., визначаючи себе винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 365-2 КК. Проте суд просто «не звернув уваги» на заявлене М. клопотання, проігнорував його, взагалі не давши йому жодної оцінки.

Перекваліфікація дій М. на ст. 365-2 КК має своїм наслідком і перекваліфікацію дій І. на ч. 5 ст. 27 та відповідну частину ст. 365-2 КК.

Ухвалою колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду м. Києва від 14 серпня 2012 р. задоволені апеляція захисника Л. в інтересах засудженого М. і частково задоволені апеляції засудженого І. і захисників Н. і Ф. – вирок Печерського районного суду м. Києва від 12 квітня 2012 р. щодо М. і І. змінено: пом'якшено М. і І. покарання; на підставі ст. 75 КК М. і І. звільнені від подальшого відбування основного покарання у виді позбавлення волі з іспитовим строком на один рік.

У решті вирок залишено без змін.

В ухвалі колегії суддів зазначається, що захисник Ф. в інтересах засудженого І. в апеляції просить вирок суду скасувати, а кримінальну справу стосовно нього закрити; вважає вирок суду необґрунтованим, оскільки висновки суду про вчинення І. інкримінованих йому злочинів не відповідають фактичним обставинам справи.

Зокрема, захисник Ф. вважає, що «... необґрунтовано притягнуто та засуджено І. до кримінальної відповідальності за скоєння злочину, передбаченого ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 365 КК України, оскільки органом досудового слідства неправильно встановлено межі службових обов'язків М., він діяв як службова особа суб'єкта підприємницької діяльності, а тому його дії підлягали кваліфікації за ст. 365-2 КК України; у свою чергу І. не був обізнаний про механізм дій по відчуженню майна ДП «ФСМЗ» МО України у процесі санації і не приймав у ньому участі, а тому не міг своїми діями виконувати об'єктивну сторону злочину у формі пособництва М., з яким він не був особисто знайомий».

Жодної оцінки наведеному положенню апеляції колегія суддів не дала. Натомість в ухвалі колегії суддів зазначається, що «... висновок суду про доведеність винуватості М. та І. у вчиненні злочинів, за наведених у вирокі обставин, відповідає фактичним обставинам справи, є обґрунтованим та підтверджений зібраними у встановленому законом порядку доказами, які ретельно досліджено, належно оцінено судом та детально викладені у вирокі. На підтвердження вчинення М. перевищення службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки, а І. – пособництва у перевищенні службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки, та зловживання службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки, суд послався на докази, які перевірено судом першої інстанції з дотриманням вимог кримінально процесуального закону та обґрунтовано покладено в основу вироку».

В ухвалі колегії суддів зазначається, що «... доводи... захисників І. про відсутність належних та допустимих доказів, які б підтверджували винуватість І. у вчиненні інкримінованих злочинів, а також відсутність у діях І. мети, мотиву злочину, прямого умислу та складу злочину є необґрунтованими. Наявні у справі докази відповідають вимогам закону щодо їх допустимості, достовірності та достатності. Підстав для закриття кримінальної справи щодо І., як про це ставиться питання в апеляціях, колегія суддів не вважає. Твердження захисників про те, що у вирокі не зазначено ролі І. як пособника у вчиненні злочину М., не ґрунтується на матеріалах справи <...> колегія суддів вважає, що судовий розгляд справи проведено повно, всебічно та об'єктивно. Суд обґрунтовано визнав доведеним обвинувачення М. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК України (в редакції до набрання чинності Законом України № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.), як перевищення службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки. Також суд обґрунтовано визнав винним І. за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 365 (в редакції до набрання чинності Законом України № 3207-VI від 7 квітня 2011 р.), оскільки

він учинив пособництво у перевищенні службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки та зловживання службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки та зловживання службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки. Дії засуджених М. та І. правильно кваліфіковано за цими статтями кримінального закону <...> також засуджений І. 9 серпня 2012 р. подав заяву Апеляційному суду м. Києва, в якій зазначив, «що погоджуючи план санації ДП «ФСМЗ» МО України, **припустився помилки через відсутність досвіду у питаннях такого роду, яку колегія суддів розцінює, як фактичне визнання ним вини**» (виділено мною – П. А.).

Не вказаний у вихідних даних автор науково-практичного коментаря до статей глави 31 Кримінального процесуального кодексу України зазначає, що форми неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність, зазначені у ст. 413 КПК, є взаємопов'язаними. Зокрема, неправильне тлумачення закону про кримінальну відповідальність, як правило, є причиною зазначених у ст. 413 КПК порушень. Неправильне застосування кримінального закону, вважає автор, полягає в неправильному застосуванні норм як Особливої, так і Загальної частини КК України: неправильна кваліфікація діяння; порушення правил призначення покарання; неправильне застосування норм, що визначають поняття злочину, строків давності й інших норм, що може спричинити необґрунтоване засудження або виправдання підсудного, а також інші негативні наслідки і може виражатися (при кримінально-правовій кваліфікації кримінального правопорушення) в застосуванні закону, що втратив силу або ще не набрав законної сили; у необґрунтованому застосуванні кримінального закону, що не має зворотної дії в часі, і навпаки – **в незастосуванні закону, що має зворотну дію**, тобто поширюється на осіб, що вчинили відповідні діяння до набрання таким законом сили; у помилці при застосуванні положень закону про форму вини, співучасть у вчиненні злочину; у помилковому визначенні **кола суб'єктів кримінальної відповідальності за певний злочин, стадій вчинення злочину**, обставин, що виключають злочинність діяння, кваліфікуючих ознак злочину; відсутності у резолютивній частині посилання на статтю (її частину, пункт) кримінального закону, застосовану судом [6].

#### 4.2. Доповнення обвинувачення під час судового провадження

Відповідно до ст. 337 КПК, судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім випадків, передбачених цією статтею. Змінити обвинувачення під час судового розгляду можуть лише або прокурор, або суд. При цьому

прокурор може змінити обвинувачення як в бік покращення, так і в бік погіршення становища підсудного, зокрема і шляхом висунення додаткового обвинувачення, а суд – лише в бік покращення становища особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження. Таким чином, суд може лише перекаваліфікувати дії підсудного на статтю (частину статті) КК, якою передбачена більш м'яка кримінальна відповідальність.

Прокурор під час судового розгляду може змінити обвинувачення, висунути додаткове обвинувачення, відмовитися від підтримання державного обвинувачення (ч. 2 ст. 337 КПК), а суд має право, з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод, вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження (ч. 3 ст. 337 КПК).

КПК не визначає підстав зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення судом. Очевидно, ними можуть бути лише загальні підстави зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення. Але за наявності таких підстав суд чи прокурор **зобов'язані** змінити правову кваліфікацію кримінального правопорушення. Однак ч. 3 ст. 337 КПК встановлено, що «суд **має право** вийти за межі висунутого обвинувачення» лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи.

Виникає запитання, яке рішення має прийняти суд, якщо він дійде висновку, що правова кваліфікація вчиненого діяння має бути змінена в бік перекаваліфікації діяння на статтю (частину статті) КК, яка передбачає більш суворе покарання, або ж до висновку, що діяння, кваліфіковане як готування до злочину або замах на злочин, має кваліфікуватись як, відповідно, замах на злочин чи як закінчений злочин, а прокурор вважає, що правова кваліфікація кримінального правопорушення, зазначена в обвинувальному акті, є правильною і не потребує зміни? Відповіді на поставлене запитання КПК не дає. Виникає ще одне запитання: яке рішення має прийняти суд, якщо прокурором змінено обвинувачення з підстав і в порядку, передбаченому ст. 338 КПК, в бік перекаваліфікації діяння, зазначеного в обвинувальному акті, на закон про кримінальну відповідальність, що покращує становище обвинуваченого, а суд вважає, що первісне обвинувачення було правильним і не потребує зміни його правової кваліфікації? Відповіді і на це запитання КПК не дає. Системне, логіко-граматичне тлумачення положень ст. 337 КПК дає підстави для висновку, що у такому разі рішення суду має відповідати вимогам, передбаченим ч. 3 ст. 337 КПК.

Не дає КПК відповіді і на запитання, ким – прокурором чи судом – має ставитись питання про зміну правової кваліфікації кримінального правопорушення у разі виникнення (наявності) підстав для зміни кваліфікації, а також на запитання, чи може прокурор повторно змінювати обвинувачення.

Статтею 340 КПК встановлено, що прокурор, після виконання вимог ст. 341 КПК, повинен відмовитися від підтримання державного обвинувачення у разі, якщо в результаті судового розгляду він дійде переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується. При цьому прокурор повинен викласти мотиви відмови від підтримання державного обвинувачення у своїй постанові, яка долучається до матеріалів кримінального провадження. Однак КПК не дає відповіді на запитання, чи може (повинен) прокурор відмовитися від підтримання державного обвинувачення у разі, якщо він дійде переконання, що діяння, яке обвинувальним актом визнане кримінальним правопорушенням, з урахуванням положень ст. 11 КК, не є суспільно небезпечним в кримінально-правовому розумінні, тобто не є злочином.

Не дає КПК відповіді і на запитання, яке рішення має прийняти суд у випадку, коли прокурор відмовляється від підтримання державного обвинувачення, а суд вважає, що пред'явлене особі обвинувачення підтверджується. Частиною 2 ст. 340 КПК лише встановлено, що у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді головуєчий роз'яснює потерпілому його право підтримувати обвинувачення в суді. Потерпілий, який висловив згоду підтримувати обвинувачення в суді, користується всіма правами сторони обвинувачення під час судового розгляду, а кримінальне провадження за відповідним обвинуваченням у цьому разі набуває статусу приватного і здійснюється за процедурою приватного обвинувачення.

Враховуючи положення ч. 6 ст. 340 КПК, згідно з якою повторне неприбуття в судове засідання потерпілого, який був викликаний у встановленому КПК порядку (зокрема наявне підтвердження отримання ним повістки про виклик або ознайомлення з її змістом у інший спосіб), без поважних причин або без повідомлення про причини неприбуття після настання обставин, передбачених у частинах другій і третій цієї статті, прирівнюється до його відмови від обвинувачення і має наслідком закриття кримінального провадження за відповідним обвинуваченням, дає підстави для висновку, що у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді за відсутності потерпілого та у разі, коли потерпілий також відмовляється від підтримання обвинувачення, кримінальне провадження за відповідним обвинуваченням підлягає закриттю.

### 5. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) після набрання вироком законної сили на стадії виконання вироку та після виконання вироку. Особливості зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення за нововиявленими обставинами

Поставлю два риторичних запитання: 1. Ким (яким органом чи судом) може визначатись (встановлюватись) незаконність рішення суду, яке оскарженню чи перегляду з будь-яких підстав не підлягає, в тому числі і рішення суду касаційної інстанції, яке ним прийняте як судом першої інстанції в особливому порядку? 2. Рішення якого суду – першої, апеляційної чи касаційної інстанції має вважатись незаконним і суддів якої із цих інстанцій можна (слід) притягувати до відповідальності у випадку, коли судом апеляційної інстанції залишено в силі, тобто визнано законним, рішення суду першої інстанції, а судом касаційної інстанції визнано законними і залишено в силі і рішення суду першої інстанції, і рішення суду апеляційної інстанції?

На перше запитання можуть бути три варіанти відповіді:

1. Верховним Судом України з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, визначеному процесуальним законом (п. 1 ч. 2 ст. 38 Закону «Про судоустрій і статус судів»). Підстави для перегляду судових рішень Верховним Судом України визначені ст. 445, а порядок – ст.ст. 446–458 КПК України.
2. Європейським судом з прав людини.
3. Судом касаційної інстанції на підставі нововиявлених обставин, визначених у ст. 459 КПК, в порядку, передбаченому ст.ст. 460–467 КПК.

Частиною 1 ст. 400-4 КПК 1960 р. до внесення до статті змін Законом від 7 липня 2010 р. передбачалось, що підставами для перегляду судових рішень, що набрали законної сили в порядку виключного провадження, є: 1) нововиявлені обставини; 2) **неправильне застосування кримінального закону** (виділено мною – П. А.) та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення. При цьому у ч. 2 ст. 400-4 КПК 1960 р. було встановлено, що перегляд судових рішень з підстав, передбачених у п. 2 ч. 1 цієї статті, з метою застосувати закон про більш тяжкий злочин, збільшити обсяг обвинувачення чи з інших підстав погіршити становище засудженого, а також виправдувального вироку, ухвали чи постанови про закриття кримінальної справи не допускається.

Порядок розгляду справ в порядку виключного провадження визначався ст. 400-10 КПК

1960 р., згідно з якою подання про перегляд справи в зв'язку з нововиявленими обставинами розглядалось апеляційним чи касаційним судом за правилами, встановленими для перегляду справ у касаційному порядку, а попередній розгляд справи в апеляційному чи касаційному порядку не перешкоджав її розгляду в тій же інстанції в порядку відновлення в зв'язку з нововиявленими обставинами.

Згідно зі ст. 400-5 КПК 1960 р. нововиявлені обставинами визнавались:

- 1) фальсифікація доказів, неправильність перекладу, а також показань свідка, потерпілого, обвинуваченого, підсудного, висновку і пояснень судового експерта, на яких ґрунтується вирок;
- 2) зловживання прокурора, дізнавача, слідчого чи суддів під час провадження у справі;
- 3) всі інші обставини, які не були відомі суду при винесенні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного.

Відповідно до ч. 2 ст. 400-5 КПК 1960 р. із змінами, внесеними Законом від 7 липня 2010 р. № 2453-VI, які набрали чинності з 1 листопада 2010 р., судові рішення, що набрали законної сили, могли бути переглянуті за нововиявленими обставинами, якими визнавались: 1) фальсифікація доказів, неправильність перекладу, а також показань свідка, потерпілого, обвинуваченого, підсудного, висновку і пояснень судового експерта, на яких ґрунтується вирок; 2) зловживання прокурора, дізнавача, слідчого чи суддів під час провадження у справі; 3) всі інші обставини, які не були відомі суду при винесенні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного. При цьому ч. 3 ст. 400-5 передбачалось, що фальсифікація доказів, завідомо неправильний переклад, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, завідомо неправильний висновок і пояснення судового експерта, зловживання прокурорів, дізнавачів, слідчих і суддів є підставами для перегляду судових рішень, що набрали законної сили, в порядку виключного провадження лише в тому разі, коли вони встановлені вироком, що набрав законної сили, а при неможливості постановлення вироку – матеріалами розслідування.

Нововиявленими обставинами за КПК 2012 р. визнаються: 1) штучне створення або підроблення доказів, неправильність перекладу висновку і пояснень експерта, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, на яких ґрунтується вирок; 2) зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження; 3) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухва-

лення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути; 4) визнання Конституційним Судом України неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом; 5) інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали, що належить переглянути.

З підстав, які передбачались у п. 2 ч. 1 ст. 404-4 КПК 1960 р., в порядку виключного провадження судові рішення могли переглядатись тільки на спільному засіданні Судової палати у кримінальних справах і Військової судової колегії Верховного Суду України.

У порядку виключного провадження з підстав, які передбачались у п. 2 ч. 1 ст. 404-4 КПК 1960 р., могли бути переглянуті такі судові рішення: 1) судові рішення, ухвалені Верховним Судом України в касаційному порядку; 2) ухвалені апеляційним судом як судом першої інстанції судові рішення, що не були предметом розгляду касаційної інстанції і набрали законної сили; 3) ухвалені в апеляційному порядку вироки і постанови апеляційного суду, що не були предметом розгляду касаційної інстанції і набрали законної сили; 4) вироки і постанови місцевих судів, що були предметом розгляду апеляційної інстанції і залишені без зміни або змінені, якщо вони не були предметом розгляду касаційної інстанції; 5) вироки і постанови місцевих судів, що не були предметом розгляду апеляційного суду, набрали законної сили і не були предметом розгляду касаційного суду в зв'язку з пропуском строку на оскарження або внесення подання; 6) передбачені законом судові рішення апеляційного суду, що ухвалені ним в апеляційному порядку і не можуть бути предметом касаційного розгляду; 7) передбачені законом судові рішення місцевих судів, що не можуть бути предметом касаційного розгляду.

Крім того, у порядку виключного провадження відповідно до КПК 1960 р. могли бути переглянуті і постанови, винесені у свій час президіями обласних і прирівняних до них судів (нині апеляційних) за умови, що відповідні судові рішення, які були предметом розгляду президіями, набули законної сили більше шести місяців назад і за наявності до того інших передбачених законом умов, а також ухвали Верховного Суду України, постановлені в порядку нагляду, вироки і постанови, винесені Верховним Судом України як судом першої інстанції, а також справи про реабілітацію жертв політичних репресій [7].

У порядку виключного провадження за КПК 1960 р. могли бути переглянуті судові рішення тільки за наявності підстав, які були визначені у ч. 1 ст. 400-4: 1) неправильне застосування кримінального закону, що істотно вплинуло на пра-



вильність судового рішення; 2) істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, що істотно вплинуло на правильність судового рішення; 3) наявність обох підстав, що істотно вплинули на правильність судового рішення.

Для перегляду справи було достатньо однієї з названих підстав, однак неодмінною умовою було те, що вона істотно вплинула на правильність судового рішення.

Нововиявленою обставиною має визнаватись, очевидно, і встановлення того факту, що судом при прийнятті рішення не були враховані або правові позиції (практика) Європейського суду з прав людини, або самовиконувані норми міжнародних договорів, або ж рішення (правові позиції) Верховного Суду України, прийняті ним з підстав, передбачених ст. 445 КПК.

Частиною 1 ст. 5 КК встановлено, що закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотню дію в часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі

на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. Зокрема, новим законом можуть бути зменшені передбачені ст. 82 КК строки погашення судимості у разі, якщо цим законом злочин, за який була засуджена особа і відбула покарання, переведений у меншу (нижчу) за ступенем тяжкості категорію (вид), визначений ст. 12 КК, оскільки у цьому разі новий закон «іншим чином поліпшує становище особи». Частиною 3 ст. 74 КК встановлено, що призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону, а у разі, якщо така межа передбачає більш м'який вид покарання, відбуте засудженим покарання зараховується з перерахуванням за правилами, встановленими ч. 1 ст. 72 КК.

КК не визначає, яке рішення має прийняти суд у разі, якщо відбута засудженим частина призначеного покарання буде перевищувати максимальну межу покарання, встановлену санкцією нового закону. Логічною є відповідь, що у такому разі засуджений має бути звільнений від подальшого відбування призначеного йому покарання.

#### ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Андрушко П. П. Кваліфікація злочинів: поняття та види // Вісник прокуратури. – 2003. – № 12. – С. 48-55.
2. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. / В. О. Навроцький. – 2-ге вид. – К.: Юрінком Інтер, 2009.
3. Вереша Р. В. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Р. В. Вереша. – К.: Центр учбової літератури, 2008.
4. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. – М.: Юристъ, 1999.
5. Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К.: Атіка, 1999.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одиссей, 2013.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. / за заг. ред. проф. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. – К.: Юстініан, 2012.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент.: у 2 т. – Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2012.
9. Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ № 10-1717/0/4-12 від 21 листопада 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sc.gov.ua/ua/2012\\_rik.html](http://www.sc.gov.ua/ua/2012_rik.html)

#### **Андрушко П. П. Изменение уголовно-правовой квалификации (правовой квалификации уголовного правонарушения) в уголовном производстве**

Рассматриваются вопросы о содержании понятий «квалификация преступлений», «уголовно-правовая квалификация», «правовая квалификация уголовного правонарушения» и их соотношения, а также вопросы о понятии изменения правовой квалификации уголовного правонарушения, её оснований и пределов.

**Ключевые слова:** квалификация преступления, правовая квалификация уголовного правонарушения, уголовно-правовая квалификация, изменение квалификации, основания изменения квалификации

#### **Andrushko Petro. Changing of the criminal qualifications (legal qualification of a criminal offense) in criminal proceedings**

The issues of content of the concepts «qualification of crime», «criminal-legal qualification», «legal qualification of the criminal offense» and their relationships, as well as questions about the concept of changing the legal qualification of a criminal offense, its reasons and limitations are examined in this article.

**Key words:** classification of criminal offenses, legal qualification of the criminal offense, criminal-legal qualification, change of qualifications, reasons for change of qualification