

Судова практика і проблеми  
вдосконалення законодавства

### Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) у кримінальному провадженні \*

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

#### S u m m a r y

*An overview of issues regarding concepts of "qualification of crime", "criminal and legal qualification", "legal qualification of the criminal offense" and their co-relation, as well as regarding concept of changing legal qualification of the criminal offense at the stages of criminal proceedings, its grounds and limits*

Можлива ситуація, коли: 1) застосовано закон, який не підлягає застосуванню у випадку, якщо дії особи не містять складу будь-якого злочину; 2) не застосовано закон, який підлягає застосуванню, що може бути наслідком неврахування правозастосувачем правозастосовних орієнтирів щодо кваліфікації певних діянь не як одиничного, а як сукупності злочинів. Наприклад, повторне вчинення тотожних злочинів кваліфіковане лише за частиною статті КК, у якій зазначена така кваліфікуюча ознака складу злочину, як вчинення його повторно, а перший епізод вчинення злочину у кваліфікації не відображено. Згідно з правозастосовними орієнтирами Пленуму Верховного Суду України як сукупність злочинів мають кваліфікуватися, зокрема, використання завідомо підроблених документів при вчиненні шахрайства, шахрайства з фінансовими ресурсами, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) тощо; 3) дії, які є лише готуванням (підготовкою) до вчинення злочину або які є замахом на вчинення злочину, кваліфіковано відповідно як замах на злочин чи як закінчений злочин і навпаки.

Найскладнішим є вирішення питання щодо зворотної дії в часі закону про кримінальну відповідальність, який частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, а частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи. У ч. 3 ст. 5 КК встановлено, що у цьому разі такий закон має зворотню дію в часі лише у тій частині, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи. При цьому виникає запитання, за яким законом мають кваліфікуватися дії особи і як має відобразитися той факт, що новий закон частково пом'якшує, а частково посилює кримінальну відповідальність?

Одночасне пом'якшення і посилення кримінальної відповідальності може виражатися: 1) у зменшенні розміру основного найсуворішого покарання з одночасним збільшенням розміру альтернативно передбаченого менш суворого покарання чи включенням у санкцію статті (частини статті)

\* Закінчення. Початок статті опубліковано у журналі № 11'2013, с. 30—41 та № 12'2013, с. 25—40.

додаткового покарання тощо; 2) у зменшенні мінімального розміру основного виду найсуворішого покарання при збереженні його максимального розміру і з включенням у санкцію статті ще одного виду додаткового покарання; 3) у збільшенні мінімального розміру основного покарання і зменшенні розміру (строку) додаткового покарання чи переведення його із обов'язкового в альтернативне або взагалі виключення із санкції статті.

У зазначених варіантах дії мають кваліфікуватися за статтею КК в тій редакції, якою передбачений менший розмір найсуворішого основного покарання.

Словосполучення (формулювання) «закон про кримінальну відповідальність, що ... пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи», вжите у ч. 1 ст. 5 КК, можна буквально витлумачити так: цим законом вносяться зміни або до санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, якою передбачений певний склад злочину, або/та до статей (норм) Загальної частини КК, якими визначається «становище особи», не кримінально-правового характеру, якщо таким законом не вносяться зміни до диспозиції відповідної статті КК, тобто зміст ознак передбаченого нею складу злочину залишається незмінним.

**Питання про перекваліфікацію на новий закон дій особи, що відбула покарання у виді обмеження чи позбавлення волі, має вирішуватися у випадку (у разі), якщо максимальна межа покарання, передбаченого санкцією статті (частини статті) зі змінами, внесеними новим законом, стає меншою за максимальні розміри покарань, визначені у ст. 12 КК, як критерії для віднесення злочинів за ступенем тяжкості до злочинів, відповідно, невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжких і особливо тяжких**

Застосуванню зазначених положень ч. 1 ст. 5 і ч. 3 ст. 74 КК має обов'язково передувати перекваліфікація дій особи, яка відбуває покарання, на ту ж статтю КК, за якою кваліфіковані дії особи, зі змінами, внесеними новим Законом.

Питання про звільнення від покарання і пом'якшення покарання у випадках, передбачених частинами 2 і 3 ст. 74 КК, вирішує місцевий суд, у межах територіальної юрисдикції якого виконується вирок (п. 13 ч. 1 ст. 537, п. 2 ч. 2 ст. 539 КПК).

Зазначені питання вирішуються судом за клопотанням (поданням) прокурора, засудженого, його захисника, законного представника, органу або установи виконання покарань, а також інших осіб, установ або органів у випадках, установлених законом (ч. 1 ст. 539 КПК). За наслідками розгляду клопотання (подання) суд

постановляє ухвалу, яка може бути оскаржена в апеляційному порядку (ч. 5 ст. 539 КПК).

Як уже зазначалося, 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 і на осіб, які були засуджені за передбачені законом про кримінальну відповідальність діяння та відбули покарання, але мають судимість.

Питання про перекваліфікацію на новий закон дій особи, що відбула покарання у виді обмеження чи позбавлення волі, має вирішуватися у випадку (у разі), якщо максимальна межа покарання, передбаченого санкцією статті (частини статті) зі змінами, внесеними новим законом, стає меншою за максимальні розміри покарань, визначені у ст. 12 КК, як критерії для віднесення злочинів за ступенем тяжкості до злочинів, відповідно, невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжких і особливо тяжких. Тобто йдеться про випадки, коли новим законом злочин: 1) середньої тяжкості переводиться у категорію злочинів невеликої тяжкості; 2) із категорії тяжких переводиться у категорію злочинів середньої чи невеликої тяжкості; 3) із категорії особливо тяжких переводиться у категорію тяжких злочинів або злочинів середньої чи невеликої тяжкості.

Необхідність перекваліфікації злочину на новий закон зумовлена ще й тим, що строки погашення судимості, передбачені ст. 89 КК, залежать від того, за злочин якого ступеня тяжкості засуджено особу при засудженні її до штрафу чи до позбавлення волі, а не від строку призначеного особі й відбутого нею покарання у виді позбавлення волі та розміру штрафу, призначеного їй як основне покарання.

Строк погашення судимості має значення і при вирішенні питання про зняття судимості, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 91 КК зняття судимості допускається лише після закінчення не менш як половини строку погашення судимості, вказаного у ст. 89 КК.

Як уже 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





за формування і реалізацію державної політики з питань національної безпеки у війсьній сфері, оборони і військового будівництва <...>.

М. у період із 15 травня 2009 р. по 5 лютого 2010 р. у м. Сімферополі та м. Феодосії АР Крим, як службова особа — керуючий санацією ДП «ФСМЗ» МОУ, за вказаних обставин умисно вчинив дії за пособництвом т.в.о. міністра оборони України І., які він не мав права виконувати та які виходили за межі наданих йому прав і 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<sup>1</sup>, пунктів 5, 6 ст. 17 та статей 18—19 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», п. 2 ст. 5 Закону від 4 березня 1992 р. № 2163-ХІІ «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 т.в.о. міністра оборони України І. у вказаних умисних діях з продажу майна ДП «ФСМЗ» МОУ, які він, як керуючий санацією, не мав права виконувати, державним інтересам спричинено тяжкі наслідки у виді матеріальних збитків на суму 70 млн 971 тис. 260 грн, що більше ніж у 250 разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян; заподіяння іншої шкоди нематеріального характеру у виді розвалу діяльності державного підприємства, унеможливлення виконання Міністерством оборони України завдань щодо забезпечення 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 вироку зазначено, що «підсудний М. у судовому засіданні свою вину у вчиненні злочину, передбаченому ч. 3 ст. 365 КК, не визнав та визнав себе винним у зловживанні своїми повноваженнями як особою, що не є державним службовцем, але здійс-

нює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а саме — арбітражного керування, 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<sup>2</sup> КК, <...> розуміє, що порушив вимоги законодавства України про заборону реалізації причалів, безсумнівно, згоден, що порушив ст. 365<sup>2</sup> КК».

**Пленум Верховного Суду України роз'яснив, 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 чи з дотриманням 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 зазначено, 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, та визнання підсудним М. фактичних обставин справи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК, 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, підтверджується зібраними у справі доказами».

У вироку також зазначено, що суд не взяв до уваги доводи підсудного М. і його захисту про те, що М. не є суб'єктом злочину, відповідальність за який передбачена ст. 365 КК, оскільки останнього було призначено арбітражним керуючим згідно з 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 він був службовою особою.

Вироком 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 від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» вчинено М. перевищення службових повноважень.

Пленум Верховного Суду України роз'яснив, 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 дозво-

ляється тільки в особливих випадках або з особливого дозволу чи 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.

**Норми, сформульовані у статтях 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 368<sup>3</sup> КК, в яких передбачається відповідальність за злочини у сфері службової діяльності, вчинені службовими особами юридичних осіб приватного права, встановлюють більш м'яке покарання, ніж покарання, яке передбачено статтями 364, 365, 368 КК, а тому дії таких службових осіб, вчинені до 1 січня 2011 р. і кваліфіковані за ст. 364 або ст. 365 чи ст. 368 КК, підлягали (підлягають) після 1 січня 2011 р. перекваліфікації з цих статей, із яких відповідні склади злочинів виділені, на статті 235<sup>1</sup>, 235<sup>2</sup>, 235<sup>4</sup> КК, а вчинені в період із 5 січня по 1 липня 2011 р. — на статті 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 368<sup>3</sup> КК в редакції Закону від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI**

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

У своїх публікаціях в період до набрання чинності ст. 235<sup>3</sup> КК, якою КК було доповнено Законом від 11 червня 2009 р. № 1507-VI і яка була чинною з 1 по 4 січня (включно) 2011 р., ми обґрунтували позицію, що арбітражний керуючий за своїм юридичним статусом є службовою особою, яка виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням, яким він наділяється рішенням суду. М., як арбітражний керуючий, міг бути визнаний суб'єктом злочинів, склади яких передбачені статтями 364, 365, 366, 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<sup>2</sup> та ч. 3 ст. 368<sup>4</sup> КК.

Відповідно до змін, внесених до КК зазначеними законами, покарання за злочин, склад якого передбачений ст. 365<sup>2</sup> 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<sup>3</sup> або на ст. 365<sup>2</sup> КК.

Окремі особи, зазначені у ст. 365<sup>2</sup> та ч. 3 ст. 368<sup>4</sup> КК, які здійснювали професійну діяльність не як самозайняті особи, а як наймані

працівники підприємств, установ, організацій, правозастосовною практикою визнавалися службовими особами, тобто визнавалися суб'єктами злочинів, передбачених, перш за все, ст. 368 КК. Тому Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI не встановлена кримінальна відповідальність для

окремих осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, що правозастосовною практикою визнавалися службовими особами, а пом'якшена кримінальна відповідальність за зловживання ними своїми повноваженнями та одержання неправомірної вигоди шляхом виділення деяких самостійних складів злочинів із загальних складів, які були сформульовані у статтях 368 та 364 КК, а якщо

кримінальні справи щодо них були порушені до 1 липня 2011 р. за статтями 364, 365 чи 368 КК, то їх дії згідно зі ст. 5 КК підлягали перекваліфікації відповідно на ст. 365<sup>2</sup> чи 368<sup>4</sup> КК.

Щодо осіб, зазначених у статтях 365<sup>2</sup> та 368<sup>4</sup> КК, які правозастосовною практикою до 1 липня 2011 р. не визнавалися службовими особами, у статтях 365<sup>2</sup> та 368<sup>4</sup> КК встановлена кримінальна відповідальність за вчинення передбачених цими статтями дій, а тому їх дії можуть кваліфікуватися за цими статтями, враховуючи положення ст. 5 КК, лише якщо вони вчинені починаючи з 1 липня 2011 р.

Зазначимо, що норми, сформульовані у статтях 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 368<sup>3</sup> КК, в яких передбачається відповідальність за злочини у сфері службової діяльності, вчинені службовими особами юридичних осіб приватного права, встановлюють більш м'яке покарання, ніж покарання, яке передбачено статтями 364, 365, 368 КК, а тому дії таких службових осіб, вчинені до 1 січня 2011 р. і кваліфіковані за ст. 364 або ст. 365 чи ст. 368 КК, підлягали (підлягають) після 1 січня 2011 р. перекваліфікації з цих статей, із яких відповідні склади злочинів виділені, на статті 235<sup>1</sup>, 235<sup>2</sup>, 235<sup>4</sup> КК, а вчинені в період із 5 січня по 1 липня 2011 р. — на статті 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 368<sup>3</sup> КК в редакції Закону від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI.

У зв'язку з 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 статтями 235<sup>1</sup>, 235<sup>2</sup>, 235<sup>4</sup>, а другим — статтями 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 368<sup>3</sup>, виникло

запитання, на які із зазначених статей повинні з 1 липня 2011 р. по 17 січня 2012 р. пере-кваліфіковуватися 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 від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI.

*Від 1 до 4 січня (включно) 2011 р. була чинною ст. 235<sup>3</sup> КК, якою він був доповнений Законом від 11 червня 2009 р. № 1507-VI, а з 1 липня 2011 р. набрали чинності зміни, внесені до КК Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI, яким КК доповнено ст. 365<sup>2</sup> (аналогічно за змістом до ст. 235<sup>3</sup> КК), якою передбачена відповідальність за зловживання своїми повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. До цих осіб віднесено і арбітражного керуючого*

Варто уваги, що Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI внесені зміни до санкцій усіх частин статей 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 368<sup>3</sup>, 368<sup>4</sup> КК — замість передбачених у них видів основних покарань введено єдине основне покарання у виді штрафу. Це означає, що 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 статтями 364<sup>1</sup>, 365<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 368<sup>3</sup> та 368<sup>4</sup> КК в редакції від 7 квітня 2011 р. зі змінами, внесеними Законом від 15 листопада 2011 р.

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

Суд у вироку стверджує, що І., погодивши (підписавши) план санації ДП «ФСМЗ» МОУ, вчинив зловживання службовим становищем в інтересах М., усвідомлюючи протиправність своїх дій, і те, що М. буде здійснювати незаконне відчуження визначеного планом санації державного майна й 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 із незаконного відчуження державного майна, створивши також умови для вчинення М. подальшого незаконного відчуження майна. Аналіз обвинувального висновку і вироку суду, на наш погляд, дає підстави стверджувати, що висновок суду про те, що І., підписуючи план санації ДП «ФСМЗ» МОУ, діяв у інтересах М. — сприяв останньому у вчиненні незаконних (протиправних) дій із незаконного відчуження державного майна, створивши умови для цього, — не підтверджується жодними доказами.

Суд не взяв до уваги і не дав оцінки тому факту, що, підписуючи (погоджуючи) план санації, І. за порадою С. зробив на с. 58 цього плану власноручно застереження (примітку), що відчуження майна цього державного підприємства здійснюється відповідно до вимог постанови Кабінету Міністрів України від 6 червня 2007 р. № 803 «Про затвердження порядку відчуження об'єктів державної власності», 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 України, Секретаріату Президента України, народного депутата України, постійного представника Президента України в АР Крим Ж., зазначалось, що погоджений ним план санації передбачає відчуження лише частини майна, яке не задіяне у виробництві, а виробничі потужності підприємства залишаються у сфері управління Міністерства оборони України. Зазначені показання органом досудового слідства і судом ніякими доказами не спростовані, але не враховані і відкинуті.

Ситуація (обстановка) підписання (погодження) І. плану санації ДП «ФСМЗ» МОУ і зазначені його листи, на наш погляд, 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 приміткою (застереженням) на с. 58 плану санації, може бути використаний для незаконного відчуження державного майна, яке не може бути відчужене, але повинен був і міг передбачити можливість настання таких наслідків.

У вироку не зазначено, яким конкретно інтересам заподіяна шкода діями І., які суд розцінив як зловживання владою та службовим становищем, яка конкретно шкода та який її розмір, а також не



визначив мотиви і мету вчинених ним дій. Неупереджений аналіз зазначених у вирокі дій І., як і вказані (зазначені) вище, дає змогу, на нашу думку, ставити питання про допущення ним службової недбалості. Жодних доказів вчинення І. зловживання владою або службовим становищем у вирокі суду не міститься.

Звернемо увагу на те, що від 1 до 4 січня (включно) 2011 р. була чинною ст. 235<sup>3</sup> КК, якою він був доповнений Законом від 11 червня 2009 р. № 1507-VI, а з 1 липня 2011 р. набрали чинності зміни, внесені до КК Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI, яким КК доповнено ст. 365<sup>2</sup> (аналогічною за змістом до ст. 235<sup>3</sup> КК), якою передбачена відповідальність за зловживання своїми повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. До цих осіб віднесено й арбітражного керуючого. Закон фактично декриміналізував перевищення службових повноважень, вчинене арбітражним керуючим, оскільки арбітражний керуючий із 1 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. законодавцем не віднесений до категорії службових осіб. У зв'язку з цим згідно зі статтями 4, 5 КК дії М. органом досудового слідства і судом повинні були оцінюватись із позиції ст. 235<sup>3</sup> та ст. 365<sup>2</sup> КК і кваліфікуватись за однією із них залежно від того, в якій установлена більш м'яка відповідальність. При цьому слід враховувати, що обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ст. 365<sup>2</sup> КК, є мета — одержання неправомірної вигоди. Мотив і мета вчинення М. дій, які орган досудового слідства і суд кваліфікували як перевищення влади та службових повноважень, у вирокі не зазначені. Якщо М., вчинюючи дії, які ставляться йому у вину, не мав на меті одержання неправомірної вигоди, визначення якої дається у примітці до ст. 364<sup>1</sup> КК, то вчинені ним дії взагалі не містять ні складу злочину, передбаченого ст. 365<sup>2</sup> і який передбачався ст. 235<sup>3</sup>, ні складу злочину, передбаченого ст. 365 КК.

Враховуючи положення ст. 5 КК, суд під час постановлення вироку мав розглянути питання про перекваліфікацію дій М. зі ст. 365 на ст. 235<sup>3</sup> чи на ст. 365<sup>2</sup> КК та перекваліфікувати дії М. на ст. 365<sup>2</sup> КК, оскільки на момент винесення вироку 12 квітня 2012 р. ст. 365<sup>2</sup> КК 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<sup>2</sup> КК Законом від 15 листопада

2011 р. № 4025-VI), перекваліфікувати дії М. на ст. 365<sup>2</sup> КК. У вирокі зазначається, що саме так ставив питання М., визначаючи себе винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 365<sup>2</sup> КК. Проте суд «не звернув увагу» на заявлене М. клопотання, проігнорувавши його, і взагалі не дав йому ніякої оцінки.

Перекваліфікація дій М. на ст. 365<sup>2</sup> КК має своїм наслідком і перекваліфікацію дій І. на ч. 5 ст. 27 та відповідну частину ст. 365<sup>2</sup> КК, якщо виходити із висновку суду, що І. вчинив пособництво у вчиненні М. перевищення службових повноважень.

*Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 14 серпня 2012 р. задовольнив апеляцію захисника Л. в інтересах засудженого М. і частково задовольнив апеляції засудженого І. та захисників Н. і Ф. — вирок Печерського районного суду м. Києва від 12 квітня 2012 р. щодо М. та І. змінює: пом'якшив М. та І. покарання; на підставі ст. 75 КК М. та 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 зазначено, що захисник Ф. в інтересах засудженого І. просив вирок суду скасувати, а кримінальну справу щодо нього закрити. Вирок суду він вважав необґрунтованим, оскільки висновки суду про вчинення І. інкримінованих йому злочинів не відповідають фактичним обставинам справи.

Захисник Ф., зокрема, вважав, що І. необґрунтовано притягнуто до кримінальної відповідальності та засуджено за скоєння злочину, передбаченого ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 365 КК, оскільки орган досудового слідства неправильно встановив межі службових обов'язків М., він діяв як службова особа суб'єкта підприємницької діяльності, а тому його дії підлягали кваліфікації за ст. 365<sup>2</sup> КК; у свою чергу І. не був обізнаний про механізм дій із відчуження майна ДП «ФСМЗ» МОУ у процесі санації й не брав у ньому участі, а тому не міг своїми діями виконувати об'єктивну сторону злочину у формі пособництва М., із яким він не був особисто знайомий.

Жодної оцінки указаним положенням апеляції колегія суддів не дала. Натомість в ухвалі колегії суддів зазначається, що «висновок суду про доведеність винуватості М. та І. у вчиненні злочинів, за вказаних 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 викладено у вироку». 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 перевірів суд першої інстанції з дотриманням вимог кримінально-процесуального закону та обґрунтовано поклав у основу вироку.

В ухвалі колегії суддів зазначено: «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 не обґрунтовані. 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 вбачає. Твердження захисників про те, що у вироку не вказана роль 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 (в редакції до набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI), 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 від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI), оскільки він учинив пособництво у перевищенні службових повноважень, що спричинило тяжкі наслідки та зловживання службовим становищем. Дії засуджених М. та І. правильно кваліфіковано, за цими статтями кримінального закону <...> також засуджено І. 9 серпня 2012 р. І. подав заяву до Апеляційного суду м. Києва, в якій зазначив, що, погоджуючи план санації ДП «ФСМЗ» МОУ, припустився помилки через відсутність досвіду у питаннях такого роду, яку колегія суддів розцінила як фактичне визнання ним вини».

Оскільки М. та його захисник не подавали касаційної скарги, то суд касаційної інстанції розглядав справу в касаційному порядку лише за касаційними скаргами І. та його захисника. Це надало, на наш погляд, можливість (дозволило) суду касаційної інстанції ухилитися від

розгляду питання щодо законності/незаконності (правильності/неправильності) кримінально-правової кваліфікації дій М. та від відповіді на запитання, чому орган досудового слідства, прокурор і суд кваліфікували дії М. за ч. 3 ст. 365 КК, а не за ч. 2 ст. 365<sup>2</sup> КК та чому вони проігнорували положення ст. 5 КК щодо дії кримінального закону в часі.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, відтворивши у рішенні, прийнятому 12 березня 2013 р., фрагменти вироку й ухвали щодо дій, вчинення яких інкримінувалося І., зазначив: «У спільній касаційній скарзі засудженого І. та захисника Н. порушено питання про скасування судових рішень на підставах невідповідності висновків суду фактичним обставинам справи, неповноти досудового і судового слідства, неправильного застосування кримінального закону та істотних порушень вимог кримінально-процесуального закону. Скаржники зазначали, що справу щодо І. за ч. 2 ст. 364 КК було порушено не уповноваженою на те особою; висновки комплексної судової будівельно-технічної та товарознавчої експертизи є недопустимим доказом, оскільки експертизу проведено не судовими експертами, а оцінювачами майна. Вказали, що: у справі немає доказів, які підтверджують наявність прямого причинного зв'язку між погодженням І. плану санації ДП «ФСМЗ» МОУ, продажем майна цього підприємства та настанням тяжких наслідків; орган досудового слідства не встановив мотиву, не довів прямого умислу й мети, не зазначив, у яких інших особистих інтересах та інтересах третіх осіб діяв І., не довів його співучасті у формі пособництва М. Скаржники вважали, що в діях І. немає будь-якого складу злочину, передбаченого Особливою частиною КК, тому просили судові рішення щодо І. скасувати, а провадження у справі закрити. У запереченні на касаційну скаргу прокурори просили судові рішення залишити без змін, а касаційну скаргу — без задоволення. В ухвалі суду касаційної інстанції зазначається, що, заслухавши доповідача, пояснення захисника Н., який підтримав касаційну скаргу, захисника Л., котрий пояснив, що засуджений М. визнав свою вину, не оспорював постановлених судових рішень, а також захисник просив касаційну скаргу І. та захисника Н. вирішити відповідно до вимог закону, думку прокурорів К. і П., які заперечували проти задоволення скарги і, розглянувши матеріали кримінальної справи та обговоривши наведені в касаційній скарзі доводи, колегія суддів дійшла висновку,





та М. перебували під вартою відповідно один рік дев'ять місяців та один рік і вісім місяців. І, можливо, своє завдання вони вбачали у тому, щоб виправдати законність обрання цього запобіжного заходу щодо І. та М., оскільки на момент винесення вироку санкцією ст. 365<sup>2</sup> КК передбачався лише один вид основного покарання — штраф, на позицію суддів могли вплинути й інші чинники.

**Визнання Верховним Судом України судового рішення незаконним із підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм Закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь означає, що суд касаційної інстанції вчиненому діянню дав неправильну кримінально-правову кваліфікацію, тобто суд касаційної інстанції неправильно застосував закон про кримінальну відповідальність — застосував закон, який не підлягає застосуванню**

У ст. 538 КПК встановлено, що після відбуття особою покарання у виді позбавлення волі або обмеження волі суд, який ухвалив вирок, має право розглянути питання про зняття судимості з цієї особи за її клопотанням. Із незрозумілих причин у ст. 538 КПК не згадується про зняття судимості з особи, яка була засуджена до основного покарання у виді штрафу. Законодавець не врахував зміни, внесені ним до ст. 12 і ст. 89 КК Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI. Порядок вирішення питання про зняття судимості визначено у ст. 539 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 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 або частково, змінює його і ухвалює нове судові рішення чи 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 застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Визнання Верховним Судом України судового рішення незаконним із підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції

одних і тих самих норм Закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь означає, що суд касаційної інстанції вчиненому діянню дав неправильну кримінально-правову кваліфікацію, тобто суд касаційної інстанції неправильно застосував закон про кримінальну відповідальність — застосував закон, який не підлягає застосуванню. При цьому має місце і незастосування судом касаційної інстанції закону про кримінальну відповідальність, який підлягає застосуванню. Як правило, неправильне застосування Закону про кримінальну відповідальність зумовлюється неправильним його тлумаченням, яке суперечить точному його змісту. Водночас неправильне тлумачення закону про кримінальну відповідальність, яке суперечить його точному змісту, є застосуванням судом закону, який не підлягає застосуванню.

Підставою зміни кваліфікації може бути і вступ у силу (набрання чинності) рішення Європейського суду з прав людини, яким визнається порушення національними судами України норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яке виразилось у порушеннях норм матеріального та/або норм процесуального кримінального права. Щодо визнання Європейським судом з прав людини порушення норм матеріального права можна говорити лише теоретично (умовно), оскільки поки що таких рішень не було. Але вони можуть бути, як видається, в аспекті тлумачення змісту окремих ознак, зокрема оціночних, окремих складів злочинів. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях констатує (визнає), як правило, порушення процесуальних норм — права на справедливий суд, права на захист, визнання певних доказів недопустимими. Останнє, а саме визнання доказів, якими обґрунтовується обвинувачення недопустимими, може спричинити необхідність зміни обвинувачення, тобто зміни кримінально-правової кваліфікації вчиненого діяння. Можна прогнозувати, що з часом (найближчим часом) такі рішення Європейського суду з прав людини будуть прийняті.

Принципово важливим є те, що у певних випадках зміні підлягає не тільки неправильна, а й правильна кримінально-правова кваліфікація, зокрема, у разі встановлення, що здійснена кримінально-правова кваліфікація підлягає зміні.

Наприклад, під час досудового розслідування чи після прийняття рішення судом першої інстанції до початку чи під час розгляду справи судом апеляційної інстанції набрав чинності новий закон про кримінальну відповідальність, який пом'якшує кримінальну відповідальність, або ж Верховним Судом України з підстав, передбачених ст. 445 КПК, прийняте рішення, в якому по-іншому кваліфіковані аналогічні (схожі) діяння. Зазначене ж рішення Верховного Суду України згідно зі ст. 458 КПК обов'язкове для застосування судами.

***Неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність за критерієм суб'єктивного (психічного) ставлення особи, яка здійснила кримінально-правову кваліфікацію, до оцінки того, який має застосовуватись закон про кримінальну відповідальність, може бути двох видів: 1) умисним, усвідомленим неправильним застосуванням закону про кримінальну відповідальність; 2) помилкою в кваліфікації***

Помилка в кваліфікації злочину, на нашу думку, є різновидом ширшої (більш широкої) за змістом однієї з підстав зміни кримінально-правової кваліфікації, якою є неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність.

Кримінально-правова кваліфікація може бути правильною під час її здійснення слідчим, прокурором чи судом. Але на момент розгляду справи судом апеляційної чи касаційної інстанції може з'явитись одна з підстав неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність, наприклад, набрання чинності новим законом, яким пом'якшена кримінальна відповідальність за вчинене діяння, або ж Конституційним Судом України прийняте рішення, яким визнана неконституційною норма закону про кримінальну відповідальність в цілому, а лише її частина, або ж Конституційний Суд України дав офіційне тлумачення певної норми закону про кримінальну відповідальність, врахування якого потребує уточнення (зміни) кримінально-правової кваліфікації.

Неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність за критерієм суб'єктивного (психічного) ставлення особи, яка здійснила кримінально-правову кваліфікацію, до оцінки того, який має застосовуватись закон про кримінальну відповідальність, може бути двох видів: 1) умисним, усвідомленим неправильним застосуванням закону про кримінальну відповідальність; 2) помилкою в кваліфікації.

Помилка в кваліфікації також може бути двох видів: 1) помилка, зумовлена незнанням

кримінального закону, неправильним його тлумаченням, яке суперечить його точному змісту; 2) вибором із кількох можливих варіантів кваліфікації такого, який судом вищої інстанції буде визнаний неправильним. Така ситуація має місце при неоднаковому застосуванні судами, в тому числі судом касаційної інстанції, одних і тих самих норм матеріального закону про кримінальну відповідальність.

Умисне неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність досить часто буває виражене у так званій «кваліфікації із запасом».

При цьому можливі два варіанти психічного ставлення суду і прокурора до неврахування зазначених правових позицій: 1) суд і прокурор не знали про існування таких правових позицій; 2) суд і прокурор знали про наявність таких правових позицій, але свідомо проігнорували їх.

У другому варіанті має місце прийняття судом завідомо неправосудного рішення.

У разі прийняття судом рішення без врахування зазначених правових позицій, якщо їх неврахування вплинуло на правильність кримінально-правової кваліфікації, здійснена судом правова кваліфікація кримінального правопорушення (злочину) підлягає зміні судом апеляційної або касаційної інстанції.

У п. 2 ч. 1 ст. 368 КПК вжите формулювання «чи містить це діяння склад кримінального правопорушення і якою статтею закону України про кримінальну відповідальність він передбачений». Текст цього пункту має бути доповнений, принаймні, після слова «статтею» словами «частиною статті».

Відповідно до ст. 374 КПК у мотивувальній частині вироку в разі визнання особи винуватою зазначається стаття (частина статті) закону про кримінальну відповідальність, що передбачає відповідальність за кримінальне правопорушення, винним у вчиненні якого визнається обвинувачений (ч. 3 ст. 374), а у резолютивній частині вироку в разі визнання особи винуватою — відповідні статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність.

Виникає запитання, чи є зміною кримінально-правової кваліфікації зміна формулювання обвинувачення без зміни формули кваліфікації? Йдеться про випадки, коли діяння особи, вчинене за наявності кількох кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак, передбачених



двома і більше частинами однієї статті КК, кваліфіковане за тією частиною статті КК, яка передбачає найсуворіше покарання (правила кваліфікації при конкуренції норм з обтяжуючими і особливо обтяжуючими обставинами), а потім із кваліфікації виключається одна чи кілька кваліфікуючих обставин, за винятком найбільш кваліфікуючої обставини.

***КПК не визначає підстав для зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, зробленої слідчим органу досудового розслідування та прокурором і об'єктивізованої в обвинувальному акті, при розгляді справи в суді першої інстанції, оскільки суд першої інстанції не наділений повноваженнями скасовувати чи змінювати рішення, прийняті слідчим органу досудового розслідування і прокурором***

У цьому разі формула кваліфікації залишається незмінною, а із формулювання обвинувачення виключається вказівка на одну чи кілька кваліфікуючих обставин, посилення на які містилися у попередній кваліфікації. Наприклад, крадіжку, вчинену особою, було кваліфіковано за ч. 5 ст. 185 КК як вчинену повторно, за попередньою змовою групою осіб, поєднану з проникненням у житло, вчинену в особливо великих розмірах, а суд апеляційної інстанції, розглядаючи справу, дійшов висновку про необхідність виключення з обвинувачення двох кваліфікуючих обставин — вчинення крадіжки за попередньою змовою групою осіб і її вчинення з проникненням у житло, тобто про зменшення обсягу обвинувачення.

На наш погляд, у цьому випадку також має місце зміна кваліфікації. Кримінально-правова кваліфікація об'єктивізується у процесуальних документах у формулі кваліфікації та формулюванні обвинувачення й зміна того чи іншого є також і зміною кваліфікації.

КПК не визначає підстав для зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, зробленої слідчим органу досудового розслідування та прокурором і об'єктивізованої в об-

винувальному акті при розгляді справи в суді першої інстанції, оскільки суд першої інстанції не наділений повноваженнями скасовувати чи змінювати рішення, прийняті слідчим органу досудового розслідування і прокурором.

За своїми юридичним статусом слідчий органу досудового розслідування — це службова особа органу внутрішніх справ, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, уповноважена в межах компетенції, передбаченої КПК, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень (п. 17 ч. 1 ст. 3 КПК).

Варте уваги і те, що правова кваліфікація кримінального правопорушення за термінологією, яка вживається і вживатиметься у КПК до прийняття і набрання чинності Законом «Про кримінальні проступки», виражатиметься лише у кваліфікації злочинів як поки що єдиного виду кримінальних правопорушень.

Правова кваліфікація кримінального правопорушення — злочину, відповідно до положень КПК, об'єктивізується у: 1) процесуальних актах досудового слідства (досудового розслідування) — повідомленні про підозру та обвинувальному акті; 2) процесуальних актах судового провадження — судових рішеннях та угодах про примирення чи про визнання винуватості, що затверджуються обвинувальним вироком суду, а також у обвинувальному акті, який складає прокурор із підстав і в порядку, визначених у ст. 338 КПК. Відповідно до ст. 338 КПК з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення прокурор має право змінити обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа.