



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

П.П. Андрушко,
завідувач кафедри
кримінального права
та криминології 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

З позиції теорії кваліфікації кримінальних правопорушень (теорії кримінально-правової кваліфікації) рішення Верховного Суду України, прийняті ним з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, повинні містити, перш за все, розгорнуте, докладне, конкретизоване, системне тлумачення кримінально-правової норми, неправильно (помилково) застосованої судом касаційної інстанції. Метою такого тлумачення має бути не лише обґрунтування помилковості застосування судом касаційної інстанції певної норми закону про кримінальну відповідальність, а й надання (формулювання) правозастосовних орієнтирів щодо кримінально-правової кваліфікації певних кримінальних правопорушень для судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій¹.

Верховний Суд України поступово може створити систематизовану базу власних правових позицій щодо тлумачення окремих кримінально-правових норм, які слугуватимуть правозастосовними орієнтирами при здійсненні кримінально-правової кваліфікації злочинів (кримінальних правопорушень) окремих категорій (видів). Також цьому може сприяти і створена при Верховному Суді України Науково-консультативна рада, ефективне використання наукового потенціалу якої сприятиме підвищенню рівня наукової обґрунтованості правових позицій Верховного Суду України.

У кількох справах, які розглянув Верховний Суд України, висловлено принципові правові позиції (висновки), які зумовлюють необхідність зміни позиції правозастосувачів, перш за все суддів, у тому числі і суддів суду касаційної інстанції, щодо тлумачення (розуміння) окремих ознак деяких складів злочинів.

Так, у постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 р. у справі щодо Р. зазначено, що з приводу порушеного питання Верховний Суд України неодноразово висловлював свою правову позицію, яка зводилась до того, що ставлення у провину особи, яка вчинила службове підроблення, спричинення тяжких наслідків,

¹Продовження. Початок статті опубліковано у журналі № 11'2013, с. 30—41.

визначення яких дається у п. 4 примітки до ст. 364 КК, можливе за умови, коли такі наслідки були у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції ч. 1 ст. 366 КК (ухвала Верховного Суду України від 30 жовтня 2008 р., справа № 5-3895к08 щодо В.; постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 р., справа № 5-18к11 щодо Л.).

Судова палата у вказаному рішенні зазначила: «У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що матеріальні наслідки, які полягають у заволодінні коштами банку, перебували у причинному зв'язку саме зі зловживанням Р. своїм службовим становищем. Цьому діяння передувало службове підроблення, яке без наступної злочинної поведінки Р. не могло спричинити тяжких наслідків. У рішенні, яке надано для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння подібні до діяння, інкримінованого Р., і отримали кримінально-правову оцінку за ч. 1 ст. 366 КК. Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які поставлені у провину Р., у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння, наданого для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції зазначену норму закону про кримінальну відповідальність застосував неправильно. За таких обставин оскаржене рішення касаційного суду щодо Р. належить визнати незаконним і таким, що підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд, оскільки відповідно до положень ст. 400²² КПК 1960 р. іншого способу усунення виявленого Верховним Судом України неоднакового застосування норми кримінального закону не передбачено».

Зауважимо, що у кількох рішеннях Верховного Суду України міститься, на наш погляд, виважене, науково обґрунтоване тлумачення деяких норм закону про кримінальну відповідальність¹. Правові позиції (висновки) Верховного Суду України мають не теоретично, а практично застосовуватися як підстава для зміни кримінально-правової кваліфікації у випадках, коли зміст фактичних обставин, яким дається кримінально-правова кваліфікація, **не змінюється**.

¹ Див.: Верховний Суд України: Висновки, викладені в рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 400¹² КПК 1960 р., за 1 півріччя 2013 р.; 1 липня 2013 р. // Закон і бізнес. — 14—20 вересня 2013 р. — № 37. — С. 17—19.

Висловимо деякі міркування про те, яким за змістом має бути судове рішення (нове) Верховного Суду України, що визнаватиме рішення суду касаційної інстанції незаконним.

Аналіз рішень Верховного Суду України, прийнятих із підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, свідчить про те, що Верховний Суд України, визнавши рішення суду касаційної інстанції помилковим (неправильним), обмежується здебільшого скасуванням такого рішення суду касаційної інстанції і направленням справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції, пояснюючи це тим, що Верховний Суд України процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення у разі встановлення помилковості висновків суду касаційної інстанції щодо правильності кваліфікації дій засудженого, а тому, за відсутності іншого законодавчого визначення способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства, змушений застосовувати найсприятливіший спосіб захисту порушеного права — відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуте неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність

Відповідно до ч. 2 ст. 455 КПК Верховний Суд України, встановивши, що рішення суду касаційної інстанції у справі, яка переглядається з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, повинен: 1) скасувати його повністю або частково; 2) змінити його і ухвалити нове судове рішення; 3) направити справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції. Аналіз рішень Верховного Суду України, прийнятих із підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, свідчить про те, що Верховний Суд України, визнавши рішення суду касаційної інстанції помилковим (неправильним), обмежується здебільшого скасуванням такого рішення суду касаційної інстанції і направленням справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції, пояснюючи це тим, що Верховний Суд України процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення у разі встановлення помилковості висновків суду касаційної інстанції щодо правильності кваліфікації дій засудженого, а тому, за відсутності іншого законодавчого визначення способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства, змушений застосовувати найсприятливіший спосіб захисту порушеного права — відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуте неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Саме таке рішення прийняв Верховний Суд України 7 лютого 2013 р. у справі щодо Р., яка вироком Суворовського районного суду м. Херсона від 21 квітня 2011 р. була засуджена за ч. 5 ст. 191 КК із застосуванням ст. 69 КК і за ч. 2 ст. 366 КК. У постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України зазначається, що

предметом перегляду цієї справи є неоднакова правова оцінка судом касаційної інстанції суспільно небезпечних наслідків у такому злочині, як службове підроблення, а саме — за яких фактичних обставин службове підроблення належить кваліфікувати як таке, що спричинило тяжкі наслідки, а за яких — без урахування таких наслідків.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України зазначила, що з приводу порушеного питання Верховний Суд України неодноразово висловлював свою правову позицію, яка зводилась до того, що ставлення у провину особі, яка вчинила службове підроблення, спричинення тяжких наслідків, визначення яких дається у п. 4 примітки до ст. 364 КК, можливе за умови, коли такі наслідки перебували у причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції ч. 1 ст. 366 КК (ухвала Верховного Суду України від 30 жовтня 2008 р., справа № 5-3895к08 щодо В.; постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 р., справа № 5-18к11 щодо Л.).

Указавши в мотивувальній частині постанови, що у кримінальній справі щодо Р, в якій заперчується рішення касаційного суду, встановлено, що матеріальні наслідки, які полягають у заволодінні коштами банку, перебували у причинному зв'язку саме зі зловживанням Р своїм службовим становищем. Цьому діянню передувало службове підроблення, яке без наступної злочинної поведінки Р не могло спричинити тяжких наслідків, а фактичні обставини суспільно небезпечного діяння подібні до діяння, інкримінованого Р, і отримали кримінально-правову оцінку за ч. 1 ст. 366 КК. Судова палата зробила висновок, що правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які поставлені у провину Р, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння, наданого для порівняння, що суд касаційної інстанції зазначену норму закону про кримінальну відповідальність застосував неправильно і за таких обставин оскаржене рішення касаційного суду щодо Р належить визнати незаконним і таким, що підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд, оскільки відповідно до положень ст. 400²² КПК 1960 р. іншого способу усунення виявленого Верховним Судом України неоднакового застосування норми кримінального закону не передбачено. На підставі указаного судова палата заяву заступника Генерального прокурора України задовольнила, ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 квітня 2012 р. щодо Р скасувала, а справу направила на новий розгляд.

Аналогічні за змістом формулювання містяться у багатьох постановках Верховного Суду України. Так, у постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 р. № 5-5к13 у справі щодо З., якого вироком Оболонського районного суду м. Києва від 19 вересня 2011 р. засуджено за: ч. 3 ст. 368 КК (в редакції від 5 квітня 2001 р.); ч. 2 ст. 368 КК (в редакції від 5 квітня 2001 р.); ч. 2 ст. 376; ч. 2 ст. 383 КК. Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 30 березня 2012 р. вирок щодо З. залишив без змін. Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 6 листопада 2012 р. вирок та ухвалу апеляційного суду щодо З. у частині його засудження за ч. 2 ст. 383 КК скасувала, а справу в цій частині закрила на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК 1960 р.

У постанові Верховний Суд України висловлює також принципову правову позицію щодо своїх повноважень стосовно змісту висновків, які він надає у рішеннях, прийнятих із підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, а саме: «У судових рішеннях касаційної інстанції ..., на які зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, попри певну подібність із фактичними обставинами діяння, ... отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норм закону відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 400²² КПК 1960 р. не стосується предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень. При цьому вважає за необхідне зазначити, що **правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність**». Що ж стосується доповнень захисника до заяви про перегляд оспореного рішення та доданих до нього судових рішень, в яких наводиться обґрунтування про скасування оспореного рішення у зв'язку з недотриманням процесуальних гарантій засудженого, які були передбачені Законом від 7 лютого 2002 р. № 3018-III «Про судоустрій України», то в цій частині доводи заяви розгляду не підлягають, оскільки ці доповнення не були допущені Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ для розгляду Верховним Судом України.

У постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 31 січня 2013 р. у справі щодо Б. також зазначається: «У судовому рішенні, на яке зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого Б., отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норми закону відповідно до вимог п. 1 ч. 1 ст. 400¹², ч. 2 ст. 400²² КПК 1960 р. перебуває за межами предмета перегляду справи, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити правову позицію щодо цього рішення. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, указана в порівнюваному рішенні касаційного суду, **не завжди може бути прикладом правильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність**».

Наведені правові позиції свідчать про те, що з точки зору Верховного Суду України відповідно до положень КПК 1960 р. він не має повноважень (можливості) давати оцінку правильності/неправильності кримінально-правової кваліфікації діянь особи, зробленої в рішеннях суду касаційної інстанції у справах, із якими порівнювалось оспорюване рішення, оскільки така оцінка і з'ясування причин та умов іншого застосування норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь не стосується предмета перегляду.

Зауважимо, що: 1) визнання Верховним Судом України правильною кваліфікацію судом касаційної інстанції дій особи в оспорюваному рішенні означає, що інша (інакша) кваліфікація судом касаційної інстанції дій інших осіб у порівнюваних рішеннях є неправильною; 2) визнання Верховним Судом України неправильною кваліфікацію дій особи в оспорюваному рішенні не завжди означає, що здійснена (зроблена) судом касаційної інстанції кваліфікація дій інших осіб у порівнюваних рішеннях є правильною; 3) Верховний Суд України може зробити висновок, що кваліфікація дій осіб як у оспорюваному, так і в порівнюваних рішеннях, є неправильною, висловивши при цьому свою (власну) позицію щодо того, як мають кваліфікуватися дії осіб у подібних суспільно небезпечних діяннях,

які були предметом порівняння (порівнювалися) і яким давалась кримінально-правова кваліфікація (правова кваліфікація діянь як таких, що містять склади певних конкретних кримінальних правопорушень, передбачених законом про кримінальну відповідальність).

Верховний Суд України здебільшого притримується іншої позиції — у прийнятих рішеннях зазначає, що кримінально-правова оцінка (кваліфікація) судом касаційної інстанції дій осіб у порівнюваних рішеннях, які отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку, не стосуються предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень

Логічно, що, даючи оцінку правильності/неправильності застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність, перш за все (зокрема), правильності/неправильності кримінально-правової кваліфікації подібних діянь осіб у порівнюваних рішеннях, Верховний Суд України мав би дати і правозастосовний орієнтир щодо кримінально-правової кваліфікації таких діянь, тобто висловити власну правову позицію з цього питання. В деяких рішеннях Верховного Суду України це має місце.

Однак Верховний Суд України здебільшого притримується іншої позиції — у прийнятих рішеннях зазначає, що кримінально-правова оцінка (кваліфікація) судом касаційної інстанції дій осіб у порівнюваних рішеннях, які **отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку, не стосується предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень**. При цьому, як зазначалось, також вказує, що він вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, указана в порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди може бути прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Наслідком зазначеного є те, що встановлення Верховним Судом України факту неправильного застосування судом касаційної інстанції норм закону про кримінальну відповідальність не зумовлює обов'язковості зміни кримінально-правової кваліфікації чи іншої зміни неправильно застосованої судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність, у тому числі й у випадку, коли згідно з висловленою Верховним Судом України правовою позицією подібні діяння осіб у порівнюваних рішеннях не містять складу кримінального правопорушення взагалі чи містять склади інших кримінальних правопорушень, наприклад, містять склади кримінальних

правопорушень без обтяжуючих обставин. Але такі рішення суду касаційної інстанції залишатимуться в силі. Як же бути з принципом презумпції невинуватості?

У КПК Верховний Суд України наділено правом приймати нове судове рішення, але не вирішено, яким за змістом в цілому воно має бути. Зокрема, чи можуть у ньому вирішуватися питання про зміну призначеного особі покарання, звільнення засудженого від відбування покарання чи від кримінальної відповідальності, закриття кримінального провадження

Викладене дає підстави ще раз звернути увагу на те, що правова позиція Верховного Суду України у подібних випадках має визнаватися нововиявленою обставиною і бути підставою перегляду тих судових рішень, які набрали законної сили за нововиявленими обставинами.

На нашу думку, у п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК йдеться не про фактичну, а про юридичну подібність суспільно небезпечних діянь, оскільки повної фактичної (об'єктивної) подібності, схожості навіть двох діянь бути не може.

Верховний Суд України, визнаючи неправильною кримінально-правову кваліфікацію вчиненого особою діяння, здійснену судом касаційної інстанції в оспорюваному рішенні, повинен, на наш погляд, обов'язково висловити власну правову позицію щодо того, якою повинна бути кримінально-правова кваліфікація вчиненого особою діяння і юридично подібних діянь. Це, по-перше, було б офіційним правозастосовним орієнтиром для правозастосовних органів, обов'язковим до застосування. По-друге, дало б можливість оцінити правильність кримінально-правової кваліфікації судом касаційної інстанції дій інших осіб у порівнюваних рішеннях. По-третє, і це, на наш погляд, найсуттєвіше, висловлена Верховним Судом України правова позиція могла б виступати підставою для оскарження вироків судів, у яких дана неправильна кримінально-правова кваліфікація діянь засуджених, і перегляду судових рішень, що набрали законної сили, за нововиявленими обставинами, особливо у випадках, коли з врахуванням правової позиції, висловленої Верховним Судом України, діяння особи, винною у вчиненні якого вона визнана, має вважатись таким, що не містить події злочину чи складу злочину. В цьому і виражатиметься обов'язковість для виконання висновків Верховного Суду України, викладених у його ухвалах, у випадках, передбачених у ч. 2 ст. 455 КПК.

Відповідно до ч. 2 ст. 455 КПК, якщо Верховний Суд України визнає незаконним (помилковим)

рішення суду касаційної інстанції, то у мотивувальній частині прийнятої ним ухвали має міститися обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції, а в резолютивній частині нового судового рішення — висновок

про те, як саме має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Це положення слід розуміти, очевидно, таким чином, що висновок про те, як має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність, має виражатися у формі судового тлумачення відповідної норми, і, перш за все (зокрема), тлумачення складу злочину, сформульованого у цій нормі. Тобто Верховний Суд України спочатку має з'ясувати зміст ознак складу злочину, сформульованого у відповідній нормі, а потім дати судові тлумачення відповідної норми закону про кримінальну відповідальність. А вже після цього Верховний Суд України має дати оцінку правильності кримінально-правової кваліфікації, зробленої судом касаційної інстанції.

По суті, висновок Верховного Суду України за формою викладу може мати характер постанов про практику застосування судами справ певної категорії, які приймав Пленум Верховного Суду України до набрання чинності Законом від 7 липня 2010 р. № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів».

У КПК Верховний Суд України наділено правом приймати нове судові рішення, але не вирішено, яким за змістом в цілому воно має бути. Зокрема, чи можуть у ньому вирішуватися питання про зміну призначеного особі покарання, звільнення засудженого від відбування покарання чи від кримінальної відповідальності, закриття кримінального провадження.

У п. 1 ст. 445 КПК зазначено, що Верховний Суд України не може розглядати питання неоднакового застосування норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь в частині призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності. Однак (але) новим судовим рішенням Верховного Суду України, яким змінюється кримінально-правова кваліфікація діяння особи, мають, очевидно, вирішуватися і зазначені питання. У протилежній ситуації Верховний Суд України у новому рішенні може вирішувати питання про зміну кваліфікації і направляти справу до суду касаційної інстанції для вирішення питань призначення покарання, звільнення від покарання та звільнення від кримінальної відповідальності.

Саме так, фактично, і визначено повноваження Верховного Суду України у КПК, де у ч. 2 ст. 455 зазначено, що у резолютивній частині нового судового рішення має розміщуватися висновок.

У ч. 2 ст. 455 КПК встановлено, що в мотивувальній частині ухвали Верховного Суду України, прийнятої в результаті визнання рішення суду касаційної інстанції незаконним, має міститися обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з питання застосування ним певної норми закону про кримінальну відповідальність

Зазначеному положенню, сформульованому в останньому реченні ч. 2 ст. 455 КПК, є підстави дати й інше, буквальне логіко-граматичне тлумачення: Верховний Суд України має право (повинен) у новому рішенні (його резолютивній частині) лише зробити висновок про те, як мають кваліфікуватися дії особи (засудженого), як має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність, і обов'язково направити справу до суду касаційної інстанції для прийняття останнім остаточного, у повному обсязі рішення щодо застосування відповідної норми. При цьому суд касаційної інстанції у рішенні, яке ним має бути прийняте, повинен зробити саме таку кримінально-правову кваліфікацію діяння особи, яка зроблена Верховним Судом України, а інші питання застосування відповідної норми — призначення покарання, звільнення від покарання та інше — вирішувати на власний розсуд.

При перегляді Верховним Судом України рішення суду касаційної інстанції може виникнути ситуація, коли Верховний Суд України зробить висновок, що не лише в оскаржуваному рішенні, яке є предметом перегляду, суд касаційної інстанції неправильно (помилково) застосував норму закону про кримінальну відповідальність (помилково здійснив кримінально-правову кваліфікацію), а й у рішеннях суду касаційної інстанції, копії яких надані для порівняння, судом касаційної інстанції здійснив неправильну (помилкову) кримінально-правову кваліфікацію подібних суспільно-небезпечних діянь та що правильна кримінально-правова кваліфікація таких подібних діянь має бути іншою — діяння містять інший склад злочину (кримінального правопорушення), ніж ті, що, на думку касаційної інстанції, містяться у діях засуджених, і мають кваліфікуватися за іншою кримінально-правовою нормою, передбаченою іншою статтею (частиною статті) закону про кримінальну відповідальність. Така правова позиція Верховного Суду України буде новою і відмінною від правових позицій суду касаційної інстанції, викладених у порівнюваних подібних

рішеннях. При цьому висловлена Верховним Судом України правова позиція може полягати у висновку про те, що діяння має кваліфікуватися за статтею (частиною статті) закону про кримінальну відповідальність, яка передбачає більш тяжке кримінальне правопорушення.

Відповідь на питання, чому Верховний Суд України обмежується переважно таким різноманітним рішенням, які він приймає, а саме — направленням розглянутої ним справи до суду касаційної інстанції для нового касаційного перегляду справи, а не прийняттям нового судового рішення, може дати, очевидно, лише сам Верховний Суд України.

Нових судових рішень при перегляді справ із підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, Верховний Суд України майже не приймає, хоча КПК не лише надає йому таку можливість (таке право), а й зобов'язує ухвалювати нове судове рішення як один із трьох альтернативних варіантів можливого рішення.

У ч. 2 ст. 455 КПК встановлено, що в мотивувальній частині ухвали Верховного Суду України, прийнятої в результаті визнання рішення суду касаційної інстанції незаконним, має міститися обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з питання застосування ним певної норми закону про кримінальну відповідальність. Таке обґрунтування має виражатися у підготовці Верховним Судом України докладного, а не стислого, тлумачення змісту відповідної кримінально-правової норми, неправильно (помилково) застосованої судом касаційної інстанції. Тобто тлумачення має містити елементи роз'яснення змісту ознак складу злочину, передбаченого відповідною нормою. Такі повноваження надає йому КПК. І головне, що Верховний Суд України, приймаючи нове рішення, не перебиратиме на себе повноважень суду касаційної інстанції щодо оцінки рішень судів першої та апеляційної інстанцій.

Верховний Суд України, переглядаючи справу з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, тобто, переглядаючи конкретне судове рішення суду касаційної інстанції щодо правильності/неправильності застосування судом касаційної інстанції певної кримінально-правової норми, може обґрунтувати власний висновок (правову позицію), лише здійснивши власне тлумачення змісту і ознак складу злочину, передбаченого відповідною нормою закону про кримінальну відповідальність. Фактично Верховний Суд України дає оцінку рішенням суду касаційної інстанції в

кримінально-процесуальному аспекті з позиції надання висновку щодо правильності/неправильності застосування судом касаційної інстанції закону України про кримінальну відповідальність. Неправильне застосування судом касаційної інстанції певної норми закону про кримінальну відповідальність може виражатися відповідно до ст. 413 КПК у: 1) неправильному тлумаченні судом касаційної інстанції норми закону, застосованої ним, яке суперечить її точному змісту; 2) незастосуванні ним закону, який підлягає застосуванню; 3) застосуванні закону, який не підлягає застосуванню.

У КПК однозначно не визначено, в порядку якого провадження (касаційного чи за нововиявленими обставинами) суд касаційної інстанції (Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ) має здійснювати новий розгляд справи, направленої йому на новий розгляд Верховним Судом України

Неправильність застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність може виражатися, зокрема: 1) у кваліфікації діяння особи за частиною статті, яка передбачає склад злочину з обтяжуючою (обтяжуючими) обставиною за відсутності такої (таких); 2) у неінкримінуванні особі обтяжуючих обставин вчиненого діяння; 3) у кваліфікації діяння не за тією статтею (частиною статті) КК; 4) у помилковому визнанні діяння таким, що містить склад конкретного злочину; 5) у кваліфікації діяння як злочину за фактичної відсутності події злочину.

У КПК однозначно не визначено, в порядку якого провадження (касаційного чи за нововиявленими обставинами) суд касаційної інстанції (Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ) має здійснювати новий розгляд справи, направленої йому на новий розгляд Верховним Судом України. Новий розгляд справи Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ має здійснювати в порядку кримінального провадження за нововиявленими обставинами, тобто на підставі обставини, зазначеної у п. 5 ч. 2 ст. 459 КПК.

Фактично Верховний Суд України повинен дати відповідь на одне важливе запитання: чи правильно застосований судом касаційної інстанції закон про кримінальну відповідальність щодо кримінально-правової кваліфікації вчиненого особою діяння? Застосування судом касаційної інстанції закону, який не підлягає застосуванню, виражається (об'єктивізується) саме

у неправильній кримінально-правовій кваліфікації вчиненого особою діяння, яка є наслідком (результатом) неправильного тлумачення змісту застосованої ним норми закону про кримінальну відповідальність.

Розглянемо ще кілька принципових положень.

1. Відповідно до ч. 1 ст. 446 КПК право подати заяву про перегляд судового рішення суду касаційної інстанції з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, мають особи, визначені у ст. 425 КПК, після його перегляду: 1) засуджений, його законний представник чи захисник — у частині, що стосується інтересів засудженого; 2) виправданий, його законний представник чи захисник — у частині мотивів і підстав виправдання; 3) підозрюваний, обвинувачений, його законний представник чи захисник; 4) законний представник, захисник неповнолітнього чи сам неповнолітній, щодо якого вирішувалося питання про застосування примусових заходів виховного характеру, — у частині, що стосується інтересів неповнолітнього; 5) законний представник чи захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру; 6) прокурор; 7) потерпілий або його законний представник чи представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції; 8) цивільний позивач, його представник або законний представник — у частині, що стосується вирішення цивільного позову; 9) цивільний відповідач або його представник — у частині, що стосується вирішення цивільного позову.

2. Перегляду підлягають рішення лише суду касаційної інстанції. Рішення ж суду першої та апеляційної інстанції по кримінальному провадженню перегляду, а отже, оцінці в аспекті правильності/неправильності ними норми закону про кримінальну відповідальність, не підлягають, оскільки оцінку законності рішень цих судів вже давали суд апеляційної та касаційної інстанцій. Таким чином, на нашу думку, Верховний Суд України при перегляді судового рішення суду касаційної інстанції з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, фактично виступає як суд апеляційної інстанції.

Надання КПК права особам, указаним у ст. 425 КПК, подавати заяву про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, не безпосередньо (прямо) до Верховного Суду України, а лише до Вищого спеціалізованого

суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який наділений правом, по суті, попередньої оцінки суперечить ст. 22 Конституції та ст. 22 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

На наш погляд, обґрунтованими і виваженими є пропозиції науковців і практиків, зокрема суддів, законодавчо гарантувати право осіб, зазначених у ст. 425 КПК, подавати заяви про перегляд справи з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, безпосередньо до Верховного Суду України.

3. У КПК передбачено, на наш погляд, лише декларативно, що Верховний Суд України за наслідками розгляду справи з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК, може прийняти нове рішення, оскільки порядок прийняття нового рішення і, головне, його юридичної сили та правових наслідків у КПК не визначені.

Важливим (принциповим) є з'ясування таких положень щодо виду рішень, які може приймати Верховний Суд України при перегляді справи з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК: 1) що слід розуміти під незаконністю рішення суду касаційної інстанції у кримінально-правовому розумінні; 2) що розуміється під частковим скасуванням судового рішення; 3) що слід розуміти під зміною судового рішення та які межі такої зміни; 4) яким за змістом може бути нове судове рішення, яке має право ухвалити Верховний Суд України.

Очевидно, що зміна судового рішення, а тим більше ухвалення нового, в кримінально-правовому аспекті завжди виражається у зміні кримінально-правової кваліфікації діяння, вчинення якого інкримінується (ставиться у вину) особі. При цьому Верховний Суд України, розглядаючи справу, не повинен давати оцінки достовірності, належності та допустимості доказів, які представлені судом на обґрунтування фактичних даних.

Нове судове рішення, на наш погляд, може виражатися у: 1) скасуванні рішення суду касаційної інстанції з одночасною зміною кримінально-правової кваліфікації вчиненого особою діяння; 2) закритті кримінального провадження (кримінальної справи) з підстави відсутності події злочину, а саме — визнання того, що діяння вчинене за наявності обставин, які виключають злочинність діяння, в тому числі й внаслідок визнання його малозначним; 3) звільненні особи від кримінальної відповідальності; 4) закритті

кримінальної справи з підстави відсутності в діянні особи складу злочину.

Як зазначалося, відповідно до ч. 2 ст. 455 КПК у мотивувальній частині ухвали Верховного Суду України повинно міститися обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції щодо кримінально-правової оцінки дій засудженої особи.

Висновок Верховного Суду України щодо правильного застосування норми закону України про кримінальну відповідальність є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму закону, та для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із зазначеним рішенням

4 жовтня 2013 р. у Верховній Раді України зареєстровано проект Закону № 3356 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо повноважень Верховного Суду України». У ньому передбачається, зокрема: 1) розгляд справ про надання висновку щодо правильного застосування судами загальної юрисдикції норм законодавства України у випадках та в порядку, передбачених законом. Підстави і порядок розгляду таких справ визначається у ч. 2 ст. 29 Закону «Про судоустрій і статус суддів», якою ст. 29 пропонується доповнити; 2) доповнення переліку підстав перегляду зазначених у ч. 1 ст. 445 КПК ще однією підставою — невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції рішення Конституційного Суду України або висновку щодо застосування норми закону України про кримінальну відповідальність, викладеному в ухвалі Верховного Суду України. Проектом Закону передбачається виключення із п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК слів «щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що є обґрунтованими».

Порядок розгляду Верховним Судом України справи про надання висновку щодо правильного застосування норми закону України про кримінальну відповідальність визначається ст. 458², якою КПК пропонується доповнити. За результатами розгляду справи Верховний Суд України постановляє ухвалу, резолютивна частина якої має містити висновок щодо правильного застосування норми закону України про кримінальну відповідальність. Надаючи висновок, Верховний Суд України не вирішує питання по суті заявлених вимог. Висновок Верховного Суду України щодо правильного застосування норми закону України про кримінальну відповідальність є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень,

які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму закону, та для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із зазначеним рішенням.

Названим проектом закону передбачається виключення із п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК слів «щодо подібних суспільно небезпечних діянь», що є правильним.

Відповідно до нової редакції ст. 455 КПК, в якій її пропонується викласти проектом закону № 3356, Верховний Суд України за наявності підстав, передбачених пунктами 1, 3 ч. 1 ст. 445 КК, має право: 1) скасувати судові рішення повністю або частково і направити справу на новий розгляд до суду першої чи апеляційної інстанції; 2) скасувати судові рішення (судові рішення), що було помилково скасовано судом апеляційної або касаційної інстанції; 3) скасувати судові рішення і закрити провадження у справі; 4) скасувати судові рішення

Цим же проектом Закону передбачається викладення у новій редакції ст. 455, ч. 2 ст. 456 і ч. 1 ст. 458 КК, а також доповнення КПК статтею 458¹ «Межі розгляду справи Верховним Судом України» та ст. 458² «Порядок розгляду Верховним Судом України справи про надання висновку щодо правильного застосування норми закону України про кримінальну відповідальність».

Відповідно до нової редакції ст. 455 КПК, в якій її пропонується викласти проектом закону № 3356, Верховний Суд України за наявності підстав, передбачених пунктами 1, 3 ч. 1 ст. 445 КК, має право: 1) скасувати судові рішення повністю або частково і направити справу на новий розгляд до суду першої чи апеляційної інстанції; 2) скасувати судові рішення (судові рішення), що було помилково скасовано судом апеляційної або касаційної інстанції; 3) скасувати судові рішення і закрити провадження у справі; 4) скасувати судові рішення. При цьому відповідно до ч. 5 ст. 455 КПК у новій редакції в ухвалі Верховного Суду України, постановленій за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з підстав, передбачених пунктами 1, 3 ч. 1 ст. 445 КПК, викладаються лише ті обставини справи, які стосуються меж розгляду справи Верховним Судом України, а також має міститися обґрунтування помилковості висновків суду (судів) касаційної інстанції щодо застосування норми закону України про кримінальну відповідальність та висновок про те, як саме має застосовуватися відповідна норма закону.

Варто уваги, що у п. 1 ч. 1 ст. 400¹², п. 3 ч. 1 ст. 400¹⁵, п. 3 ч. 1 ст. 400¹⁶, п. 3 ч. 2 ст. 400¹⁹, ч. 5 ст. 400²⁰ КПК 1960 р. підстава перегляду судових

рішень Верховним Судом України визначалася формулюванням «неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих **норм кримінального закону** щодо подібних суспільно небезпечних діянь», що не відповідає термінології КК, у якому вживається термін «закон про кримінальну відповідальність», а термін «кримінальний закон» не вживається.

Крім того, перелік нововиявлених обставин, зазначених у ч. 2 ст. 459 КПК, пропонується доповнити ще однією — невідповідність судового рішення висновку про застосування норми закону України про кримінальну відповідальність, викладеному в ухвалі Верховного Суду України, яка постановлена після набрання законної сили відповідним судовим рішенням.

В інтерв'ю газети «Юридичний вісник України» Голова Верховного Суду України Я.М. Романюк, констатуючи, що на сьогодні Верховний Суд України має право здійснювати перевірку лише рішень судів касаційної інстанції, у разі, якщо Верховний Суд України скасує вердикт касаційного суду і ухвалить нове судові рішення, то в результаті у справі будуть чинними два рішення — суду першої чи апеляційної інстанції та Верховного Суду України. Обидва матимуть законну силу, але міститимуть протилежний зміст щодо однієї справи. Тому ми фактично можемо ухвалити остаточне рішення лише у разі, якщо рішення судів першої та апеляційної інстанцій скасовані судом касаційної інстанції. Проте такі випадки поодинокі. З огляду на це Верховний Суд України змушений при скасуванні рішень вищих спеціалізованих судів направляти справи на новий касаційний розгляд. А суд касаційної інстанції, якщо у справі необхідно встановлювати нові фактичні обставини або існує необхідність в оцінці чи переоцінці доказів (чого він не може зробити, адже є судом права, а не фактів), у свою чергу теж направляє справу на новий розгляд до суду першої чи апеляційної інстанції².

Зауважимо, що окрім указаних Я.М. Романюком варіантів співвідношення вироків судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій можуть бути й такі: 1) рішення всіх трьох судів однакові; 2) однаковими є рішення суду першої чи касаційної інстанції; 3) однаковими є рішення судів апеляційної і касаційної інстанцій.

² Див.: Романюк Я. «Ми повинні законодавство у сфері правосуддя привести у відповідність до європейських стандартів» // Юридичний вісник України. — 16—22 листопада 2013 р. — С. 6.

Оцінюючи новели, якими пропонується доповнити процесуальне, в тому числі кримінальне процесуальне законодавство, Я.М. Романюк акцентував увагу на деяких із них, зокрема на пропозицію запровадити процедуру преюдиційного запиту, запозичену із законодавства Франції і яка існує у Суді Європейського Союзу. Суть цієї пропозиції у тому, що коли суд під час розгляду справи виявить проблему стосовно застосування норми права, він матиме можливість звернутися до Верховного Суду України за висновком щодо її правильного застосування. Такий правовий висновок Верховного Суду України також буде обов'язковим для всіх судів та органів державної влади. Цей механізм надасть можливість Верховному Суду України попереджувати судові помилки, заздалегідь вирівнюючи у такий спосіб судову практику.

На запитання: «Як Ви вважаєте, що варто зробити для того, аби підвищився авторитет вітчизняного правосуддя в суспільстві?», Я.М. Романюк відповів: «На жаль, доводиться констатувати, що в Україні рівень довіри до судової системи не є високим. Із цього приводу проводяться різні дослідження, які демонструють різке відмінні результати. Тому пропоную звернутися до висновків міжнародних експертів. Відповідно до даних Європейського соціального дослідження рівень довіри до судової системи в Україні за 5-бальною шкалою складає 2,1 бала, тобто він не є високим. Проте такий же рівень довіри в нашій державі й до Кабінету Міністрів, і до органів прокуратури, і до МВС. Натомість до парламенту і політичних партій рівень довіри ще менший — всього 2,0 бала.

Я.М. Романюк також підкреслив, що в жодній країні Європи немає стовідсоткового рівня довіри до судової влади. Навіть у державах розвинутої демократії, в яких проводилося таке ж дослідження, отримано досить низькі результати. Так, у Великобританії цей показник, який оцінювався за 10-бальною шкалою, склав всього 5,2 бала, а у Франції — 4,9. Тому не можна стверджувати, що лише в Україні існує проблема з авторитетом судової влади».

Варто уваги є і відповідь Голови Верховного Суду України на запитання: «Від чого залежить підвищення рівня довіри суспільства до судової системи?». Він сказав: «У першу чергу від самих суддів ... Водночас важливим фактором у цьому питанні є також висловлювання політиків та

представників ЗМІ, які продукують суб'єктивні думки, що призводить до приниження іміджу правосуддя в очах суспільства, а тому в цій справі варто починати з підвищення рівня правосвідомості та правової культури населення, адже всі мають зрозуміти, що шанобливе ставлення до суду повинно стати ознакою національної гідності»³.

Формування сталої судової практики мають здійснювати (забезпечувати) Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також доктрина кримінального права, перш за все у науково-практичних коментарях до КК і шляхом участі вчених з кримінального права у роботі науково-консультативних рад при Верховному Суді України і Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ та при наданні наукових висновків за запитами Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Конституційного Суду України

Так званої сталої судової практики взагалі у правозастосовній діяльності судів, а відтак і органів досудового розслідування, ніколи не було і немає. На наш погляд, можна говорити, хоча й умовно, про сталу судову практику щодо окремих видів злочинів, зокрема: проти життя і здоров'я, проти власності, у сфері оподаткування, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів і, певною мірою, у сфері службової діяльності та окремих злочинів проти громадської безпеки, безпеки виробництва, проти громадського порядку й моральності, у сфері господарської діяльності.

Формування сталої судової практики мають здійснювати (забезпечувати) Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також доктрина кримінального права, перш за все у науково-практичних коментарях до КК і шляхом участі вчених з кримінального права у роботі науково-консультативних рад при Верховному Суді України і Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ та при наданні наукових висновків за запитами Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Конституційного Суду України.

Фактично ж нині, на жаль, найбільший вплив на формування сталої судової практики взагалі, а тим більше щодо окремих категорій кримінальних справ (кримінальних проваджень), здійснюють органи прокуратури.

³Там само.

Умовно, з суттєвими застереженнями, до підстав зміни кваліфікації можна віднести зміну правил кваліфікації, про які вказував В.О. Навроцький⁴.

Зміна формули кваліфікації без зміни формулювання обвинувачення можлива лише у випадку, коли новим законом вносяться зміни лише до санкцій статті (частини статті) КК з посиленням або з пом'якшенням відповідальності. У такому разі у формулі кваліфікації додатково повинно бути зазначено, в якій редакції застосовується стаття (частина статті)

При зміні кримінально-правової кваліфікації одночасно змінюється формула кваліфікації і формулювання обвинувачення. Однак у деяких випадках зміна кримінально-правової кваліфікації може виражатися тільки у зміні формулювання обвинувачення, зокрема у разі зменшення обсягу обвинувачення, якщо дії особи кваліфіковані за статтею з бланкетною диспозицією або у разі не підтвердження наявності в діях особи одного чи кількох діянь, передбачених (зазначених) альтернативно у диспозиції статті (її частини) КК.

Зміна формули кваліфікації без зміни формулювання обвинувачення можлива лише у випадку, коли новим законом вносяться зміни лише до санкцій статті (частини статті) КК з посиленням або з пом'якшенням відповідальності. У такому разі у формулі кваліфікації додатково повинно бути зазначено, в якій редакції застосовується стаття (частина статті).

Підставою для зміни кваліфікації має вважатися і виключення з обвинувачення одного або кількох діянь чи доповнення його одним або кількома діяннями, передбаченими альтернативно у диспозиції кримінально-правової норми. Наприклад, особі повідомлено про підозру (пред'явлено обвинувачення) у підробленні документів на переказ і пересилання з метою збуту підроблених документів на переказ, тобто обвинувачення у вчиненні злочину, склад якого передбачений ст. 200 КК. У процесі досудового розслідування встановлено, що особа також вчинила підроблення платіжних карток, інших засобів доступу до банківських рахунків, придбання і зберігання та перевезення з метою збуту підроблених документів на переказ чи платіжних карток, їх використання та збуту, або ж вчинила деякі із зазначених дій. У такому випадку формула кваліфікації не змінюється, якщо відсутня повторність зазначених дій, а формулювання обвинувачення істотно

змінюється у бік збільшення обсягу обвинувачення. Формулювання обвинувачення може змінитися і у бік зменшення його обсягу. Наприклад, при досудовому розслідуванні не було підтверджено пере-

резезення з метою збуту підроблених платіжних карток і їх збут. У такому разі формулювання обвинувачення, зазначене у повідомленні про підозру змінюється, але формула кваліфікації не змінюється.

Зменшення новим законом про кримінальну відповідальність максимального строку покарання у виді позбавлення волі чи максимального розміру основного покарання у виді штрафу може іншим чином поліпшувати становище особи у разі, коли це впливає на застосування окремих норм Загальної частини КК, у яких враховується ступінь тяжкості вчиненого злочину: зміну норм щодо співучасті, звільнення від кримінальної відповідальності, призначення покарання. Наприклад, переведення новим законом злочину із виду (категорії) тяжких у злочин середньої тяжкості може бути підставою для невизнання вчинення злочину злочинною організацією або підставою виключення із обвинувачення злочину, склад якого передбачений ст. 255 КК, — створення злочинної організації, чи злочину, склад якого передбачений ст. 396 КК, — заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого або особливо тяжкого злочину. Переведення злочину із категорії злочинів середньої тяжкості в категорію злочинів невеликої тяжкості може бути підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності, за підстав, передбачених статтями 45, 46, 49, 106 КК. Ступінь тяжкості злочину також враховується при призначенні покарання (п. 3 ч. 1 ст. 55; ч. 2 ст. 70; ч. 2 ст. 71; ч. 1 ст. 75; ч. 2, 3 ст. 102; ч. 1 ст. 105 КК), при визначенні строків погашення судимості та дострокового зняття судимості (статті 89, 91, 108 КК).

У зв'язку з внесенням змін до КК спочатку Законом від 11 червня 2009 р. № 1507-VI, яким КК було доповнено статтями 235¹—235⁵, що були чинними чотири дні (з 1 по 5 січня 2011 р.), згодом Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI, який набрав чинності 1 липня 2011 р., і, врешті, Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI, який став чинним із 15 січня 2012 р., дії службових осіб юридичних осіб приватного права, справи щодо яких були розпочаті провадженням до 1 січня 2011 р. чи з 5 січня 2011 р. до 1 липня 2011 р. щодо притягнення їх як обвинувачених за вчинення злочинів, складу яких передбачені статтями 364, 365, 368 КК, і які в зазначені періоди ще розслідувались чи розглядались судами, мали бути перекаваліфіковані, відповідно,

⁴ Див.: Навроцький В.О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. — К, 1999. — С. 439—441; Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. — 2-ге вид. — К., 2009. — С.

на статті 235¹, 235², 235⁴ КК або ж на статті 364¹, 365¹, 386³ КК в редакції Закону від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI зі змінами, внесеними до них Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI. Аналогічній перекваліфікації на ст. 235³ або 235⁵ чи на ст. 365² або 368⁴ КК підлягали і дії осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. При цьому перекваліфікація дій службових осіб юридичних осіб приватного права та дій осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, мала бути здійснена і щодо осіб, які відбували покарання за вироком, що вступив у силу, і щодо осіб, які вже відбули покарання, але судимість за вчинений ними злочин ще не погашена (не знята), оскільки в ч. 1 ст. 5 КК встановлено, що закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають або відбули покарання, але мають судимість.

Більшість (майже всі) правозастосувачів не ставлять під сумнів положення, що норми, сформульовані у статтях 364¹, 365¹ та ч. 3 ст. 368³ КК, якими КК доповнено Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI шляхом встановлення пом'якшеної (пом'якшення) кримінальної відповідальності службових осіб юридичних осіб приватного права за зловживання повноваженнями, перевищення повноважень і одержання неправомірної вигоди, мають зворотну дію в часі, тобто їх дія поширюється і на діяння службових осіб юридичних осіб приватного права, що вчинені до 1 липня 2011 р.

Законами від 11 червня 2009 р. № 1507-VI, від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI та від 15 листопада 2011 р. № 4025 кримінальна відповідальність за вчинення злочинів, передбачених статтями 364, 365, 368 КК, службовими особами юридичних осіб приватного права була суттєво пом'якшена, через те вони мають зворотну дію в часі.

Зауважимо, що більшість (майже всі) правозастосувачів не ставлять під сумнів положення, що норми, сформульовані у статтях 364¹, 365¹ та ч. 3 ст. 368³ КК, якими КК доповнено Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI шляхом встановлення пом'якшеної (пом'якшення) кримінальної відповідальності службових осіб юридичних осіб приватного права за зловживання повноваженнями, перевищення повноважень і одержання неправомірної вигоди, мають зворотну дію в часі, тобто їх дія поширюється і на діяння службових осіб юридичних осіб приватного права, що вчинені до 1 липня 2011 р.

Так, в ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 січня 2013 р. у справі П.М., засудженого вироком Червоногвардійського міського суду Львівської обл. від 22 червня 2011 р. за ч. 3 ст.190, ч. 2 ст.364 КК до позбавлення волі із застосуванням ст. 75 КК, зазначено: «Згідно з положеннями ст. 5 КК закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у 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».

Колегія суддів дійшла висновку, що кваліфікація дій П.М. за ч. 2 ст. 364 КК неправильна. Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI КК було доповнено ст. 364¹, якою передбачено кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Зокрема, у ч. 2 цієї статті (в редакції від 7 квітня 2011 р.) передбачено відповідальність за зловживання повноваженнями, тобто умисне, з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб використання всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми службовою особою такої юридичної особи своїх повноважень, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам деяких громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, якщо воно спричинило тяжкі наслідки. Санкція ч. 2 ст. 364¹ КК (в редакції від 7 квітня 2011 р.) передбачала більш м'яке покарання, ніж це передбачено санкцією ч. 2 ст. 364 КК.

Згідно з положеннями ст. 5 КК закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають або відбули покарання, але мають судимість».

Як убачається з матеріалів справи, П.М. був головою громадської організації, тобто службовою особою юридичної особи приватного права,

злочини вчинив у 2007 р. до набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI.

За таких обставин дії П.М. потрібно пере-кваліфікувати з ч. 2 ст. 364 КК на ч. 2 ст. 364¹ КК (в редакції від 7 квітня 2011 р.) із призначенням відповідного покарання».

Законодавець зменшив (звужив) обсяг змісту складу злочину зловживання повноваженнями, вчиненого службовою особою юридичної особи приватного права, встановивши, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 364¹ КК, є мета вчинення службовою особою зазначених у статті дій — одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб

Зазначені правозастосовні орієнтири (правові позиції, положення) Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ стосуються (відносяться) і ст. 365¹ КК, якою КК доповнений також Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI. Сформульована у цій статті норма пом'якшує кримінальну відповідальність порівняно з нормою, сформульованою у ст. 365 КК, з якої вона виокремлена, а отже, має зворотню дію в часі.

Важливо також, що законодавець зменшив (звужив) обсяг змісту складу злочину зловживання повноваженнями, вчиненого службовою особою юридичної особи приватного права, встановивши, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 364¹ КК, є мета вчинення службовою особою зазначених у статті дій — одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Крім того, у ст. 364¹ КК встановлена кримінальна відповідальність лише за зловживання службовою особою своїми повноваженнями, а не службовим становищем взагалі.

Службові особи юридичних осіб приватного права до 1 липня 2011 р. визнавалися суб'єктами злочинів, передбачених статтями 364, 365, 368 КК. У статтях 364¹, 365¹, 368³, якими КК доповнено законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI, не встановлена кримінальна відповідальність службових осіб юридичних осіб приватного права за вчинення діянь, визначених у цих статтях, а пом'якшена кримінальна відповідальність службових осіб юридичних осіб приватного права за вчинення ними зловживання повноваженнями (ст. 364¹ КК), перевищення повноважень (ст. 365¹ КК) та одержання неправомірної вигоди (ч. 3 ст. 368³ КК). Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI законодавець диференціював відповідальність службових осіб підприємств, установ, організацій за критерієм юридичного статусу підприємств,

установ, організацій — виокремив як самостійні склади злочинів зловживання повноваженнями, перевищення повноважень та одержання неправомірної вигоди службовими особами приватного права. Крім того, Законом від 15 листопада 2011 р. № 4025-VI законодавець суттєво пом'якшив кримінальну відповідальність за вчинення службовими особами юридичних осіб приватного права дій, передбачених статтями 364¹, 365¹ та ч. 3 ст. 368³ КК.

Зауважимо, що деякі правозастосувачі дотримуються іншої, на мій погляд, нічим не обґрунтованої думки, що діяння службових осіб юридичних осіб приватного права, вчинені до 1 липня 2011 р., мають кваліфікуватися за статтями 364, 365, 368 КК в редакції, в якій вони були чинними до 1 липня 2011 р., і не підлягають перекваліфікації на статті 364¹, 365¹, 368³ КК.

Так, зокрема, 27 березня 2013 р. старший слідчий слідчого управління головного управління Міністерства внутрішніх справ України в м. Києві С. зробив повідомлення громадянину Г. про підозру у перевищенні ним службових повноважень, тобто — умисному вчиненні службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав та повноважень, що спричинили тяжкі наслідки охоронюваним законом прав, державним та громадським інтересам, інтересам юридичних осіб, тобто у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК.

Оскільки громадянин Г. вчинив дії, які йому інкримінуються (ставляться у вину), обіймаючи посаду виконуючого обов'язки заступника Голови Федерації професійних спілок України у вересні 2010 р., захисник підозрюваного (громадянина Г.) цілком обґрунтовано звернувся до старшого слідчого С. із клопотання про зміну зробленого повідомлення про підозру — перекваліфікацію дій Г. на ч. 2 ст. 365¹ КК, оскільки Федерація профспілок України є громадською організацією, тобто юридичною особою приватного права. Старший слідчий С. відмовив у задоволенні клопотання, зазначивши у постанові про відмову в задоволенні клопотання від 22 квітня 2012 р.: «Клопотання не підлягає задоволенню, оскільки злочин (кримінальне правопорушення) Г. вчинив у 2010 р. На той час всі перевищення влади або службових повноважень кваліфікувалися за ст. 365 КК. Відповідно до Закону від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI КК доповнено ст. 365¹ «Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми».

Таким чином, зазначений Закон доповнено новим складом кримінального правопорушення. Також у Законі від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI в санкції ст. 365 КК додатково визначено покарання у вигляді штрафу в розмірі від семисот п'ятдесяти до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Відповідно ч. 2 ст. 5 КК, закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії у часі, отже, у цьому випадку злочинні дії Г. повинні кваліфікуватися за ч. 3 ст. 365 КК в редакції, викладеній Законом від 15 квітня 2008 р. № 270-VI». (Неправильне застосування старшим слідчим С. норм (положень) закону про кримінальну відповідальність аналізується у третьому розділі цієї статті).

Голосіївський районний суд м. Києва вироком від 19 червня 2012 р., залишеним без змін Апеляційним судом м. Києва (ухвала від 24 вересня 2012 р.), засудив Є.: за ч. 2 ст. 364 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, строком на три роки. На підставі ст. 75 КК Є. звільнено від відбування покарання з випробуванням із іспитовим строком та покладено на нього обов'язки згідно з пунктами 3, 4 ст. 76 КК; К. за ч. 2 ст. 364 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, строком на три роки. На підставі ст. 75 КК К. звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком та на нього покладено обов'язки згідно з пунктами 3, 4 ст. 76 КК.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 12 березня 2013 р. ухвалу від 24 вересня 2012 р. скасував, а справу направив на новий апеляційний розгляд. При цьому колегія суддів вказала на порушення вимог ст. 377 КПК 1960 р., зазначивши, що викладені в апеляції прокурора доводи суд апеляційної інстанції не перевірів належним чином і не дав на них обґрунтованої відповіді. Крім того, апеляційний суд дійшов висновку про правильність кваліфікації дій Є. та К. за ч. 2 ст. 364 КК, не врахувавши змін до закону, внесених 15 листопада 2011 р. Тому колегія суддів дійшла висновку, що при розгляді й вирішенні справи в апеляційному порядку колегія суддів

судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду м. Києва істотно порушила вимоги кримінально-процесуального законодавства⁵.

Застосуванню 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 Законом

Словосполучення «закон про кримінальну відповідальність», що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, вжите у ч. 1 ст. 5 КК, можна витлумачити так: таким 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.

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

Суд вирішує зазначені питання 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 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 діяння і відбували покарання, але мають судимість.

Свою правову позицію з деяких питань кваліфікації злочинів (кримінальних правопорушень)

⁵ Див.: Бовтрук В. Робота над помилками // Закон і бізнес. — 14—20 вересня 2013 р. — № 37. — С. 13.

при зміні закону про кримінальну відповідальність, його дії в часі та застосування так званого проміжного закону про кримінальну відповідальність висловлено і у постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 березня 2013 р. у справі щодо Д., якого вироком Феодосійського міського суду АР Крим від 30 березня 2011 р. засуджено за ч. 3 ст. 368 КК.

Принциповою є висловлена у цьому рішенні правова позиція (висновок) Верховного Суду України, що закон від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI не скасовує злочинність діяння, поставленого у вину Д., і за вчинення якого його засуджено, не пом'якшує відповідальність та жодним іншим чином не поліпшує становище Д. і тому не має зворотної дії в часі.

Отже, Верховний Суд України вважає, що:

1) у разі, якщо новим законом не змінюється ні зміст ознак складу злочину, ні караність діяння, то дії особи мають кваліфікуватися за законом, який був чинним на момент вчинення злочину; 2) під законом про кримінальну відповідальність Верховний Суд України розуміє не лише певну статтю КК в цілому, але і її окрему частину. Тобто, якщо законом внесені зміни лише до якоїсь однієї чи кількох частин статті КК, а в інші частини статті зміни не вносилися, то новим законом вважається лише закон із внесеними до нього змінами; 3) не є зміною закону про кримінальну відповідальність зміна нумерації частин статті Особливої частини КК внаслідок включення до статті нової частини чи виключення із неї якоїсь частини, якщо зміст складу злочину і караність злочину в частинах статей, нумерація яких змінилася, не зазнали змін.

На наш погляд, Верховний Суд України дуже неточно і суперечливо дав відповідь на питання про дію у часі проміжного закону про кримінальну відповідальність, а саме Закону від 11 червня 2009 р. № 1508-VI, який був чинним від 1 до 5 січня 2011 р. Принагідно зазначимо, що Законом від 18 квітня 2013 р. № 221-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації візового режиму для України» (далі — Закон № 221-VII) термін «хабар» у статтях 368, 369, 370 КК замінено терміном «неправомірна вигода». Внаслідок цього у статтях розд. XVII «Злочини у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», для позначення їх предмета вживається єдиний наскрізний термін «неправомірна вигода», що є правильним і обґрунтованим. Щодо Закону № 222-VII, який набрав чинності

Щодо Закону № 222-VII, то він посилює кримінальну відповідальність за злочини, складі яких передбачені частинами 1, 2 ст. 368 і ч. 2 ст. 369 КК, — за їх вчинення введене обов'язкове додаткове покарання у виді спеціальної конфіскації

15 грудня 2013 р., то він посилює кримінальну відповідальність за злочини, складі яких передбачені частинами 1, 2 ст. 368 і ч. 2 ст. 369 КК, — за їх вчинення введене обов'язкове додаткове покарання у виді спеціальної конфіскації. Отже, питання про зворотню дію в часі Закону № 222-VII після набрання ним чинності не виникатиме, а дії, передбачені відповідно частинами 2 і 3 ст. 368 та ч. 2 ст. 369 КК, вчинені до набрання цим законом чинності, підлягатимуть кваліфікації за відповідними частинами статей 368 і 369 КК в редакції від 7 квітня 2011 р., оскільки Законом № 221-VII, яким статті 368 і 369 КК викладені у новій редакції, в цілому була посилена кримінальна відповідальність за одержання неправомірної вигоди, пропозицію і надання неправомірної вигоди.

Найчастіше зміни вносилися до деяких статей розд. XVII Особливої частини КК. Зокрема, до ст. 368 «Одержання неправомірної вигоди» зміни вносилися: 1) Законом від 11 червня 2009 р. № 1508-VI; 2) Законом від 21 грудня 2010 р. № 2808-VI; 3) Законом від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI; 4) Законом від 18 квітня 2013 р. № 222-VII. При цьому законами від 7 квітня 2011 р. і від 18 квітня 2013 р. ст. 368 викладалась у новій редакції. Чотири рази вносилися зміни і до ст. 369 КК — законами від 11 червня 2009 р. № 1508-VI, від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI, від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI, № 222-VII. Крім того, до статей 368 і 369 КК внесені зміни Законом № 222-VII, який набрав чинності 15 грудня 2013 р. — через шість місяців із дня його опублікування (опублікований 15 червня 2013 р. в газеті «Голос України»). Тричі вносилися зміни до статей 200, 209, 209¹, 216 КК.

Оскільки реформування антикорупційного законодавства України з прийняттям у квітні—травні 2013 р. «пакету» антикорупційних законів не завершилось, що визнає і Міністерство юстиції України, і керівники держави, Міністерство юстиції України підготувало проект закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України, перш за все до КК, яким пропонується внести до КК проектом закону № 2033, які не були враховані у проекті закону № 2802, що був зареєстрований 14 квітня 2013 р. і прийнятий як закон одночасно і в першому читанні, а

в цілому 18 квітня 2013 р. Як зазначалося, зміни, що пропонувалося внести до КК проектом закону № 2033, майже повністю враховували всі ті стандарти кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і рекомендації GRECO, які ще не були імplementовані в національне законодавство про боротьбу з корупцією.

Варто уваги, що в Законі № 221-VII конкре-

Склад давання хабара наявний не тільки тоді, коли хабар дається за вчинення певних дій в інтересах того, хто його дає, а й тоді, коли це робиться в інтересах інших фізичних чи юридичних осіб

тизовано деякі ознаки складів антикорупційних злочинів у аспекті визначення чітких орієнтирів щодо кваліфікації діянь, склади яких передбачені у відповідних статтях. Так, диспозиції частин 1 і 2 ст. 369 КК в редакції Закону від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI складались із двох словосполучень «пропозиція хабара» і «давання хабара». Тобто, формально у ст. 369 КК в редакції закону від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI кримінальна відповідальність за давання хабара третій особі за виконання чи невиконання службовою особою в інтересах того, хто його дає, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища, не обумовлювалась. Однак у правозастосовній практиці такі дії вважались даванням хабара. В.І. Тютюгін, зокрема, пише, що давання хабара полягає в наданні (передачі, врученні) службовій особі (або іншим особам, але з її відома та за її згодою) самим хабародавцем або через посередників матеріальних цінностей, права на майно або у вчиненні на її користь чи на користь третіх осіб (родичів, близьких) дій майнового характеру за виконання (невиконання) в інтересах самого хабародавця чи третіх осіб дій із використанням влади чи службового становища ⁶.

Інакше це питання вирішується у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», відповідно до п. 5 якої давання

хабара полягає в передачі службовій особі майна, права на майно або у вчиненні на її користь дій майнового характеру за виконання чи невиконання дії, яку та повинна була або могла виконати з використанням службового становища чи наданої їй влади. При цьому Пленум уточнив, що склад давання хабара наявний не тільки тоді, коли хабар дається за вчинення певних дій в ін-

тересах того, хто його дає, а й тоді, коли це робиться в інтересах інших фізичних чи юридичних осіб.

У правозастосовній практиці можливі й ситуації, коли:

1) застосований закон, який не підлягає застосуванню з підстав відсутності у діянні особи складу злочину, вчинення якого їй ставиться у вину. У цьому випадку йдеться не про зміну обвинувачення та/або зміну правової кваліфікації кримінального правопорушення, а про закриття кримінальної справи з підстав відсутності події або складу злочину;

2) дії особи кваліфіковані за новим законом, яким вони і криміналізовані, тобто ним встановлена кримінальна відповідальність за певні діяння, які до цього не вважались злочином, або збільшено обсяг обвинувачення шляхом, наприклад, розширення кола дій, які є злочинними;

3) дії особи кваліфіковані не за спеціальною, а за загальною нормою;

4) дії кваліфіковані за спеціальною нормою, в той час як у них відсутня якась (якісь) ознака (ознаки), за якою виділений спеціальний склад злочину. Наприклад, таємне викрадення вогнепальної гладкоствольної зброї кваліфіковано за ст. 262 КК, в той час як вона не є предметом злочину, склад якого передбачений у ст. 262 КК.

Застосування закону, який не підлягає застосуванню, здебільшого пов'язане із незастосуванням закону, який підлягає застосуванню, тобто з позиції теорії кваліфікації має місце помилка в кримінально-правовій кваліфікації, оскільки вчинене особою діяння містить склад злочину, але іншого.

(Продовження у наступному номері)

⁶ Див.: Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / За заг. ред. В.Я. Тація. — 5-те вид., допов. — Х., 2013. — Т.2. — С. 833.