**Тези лекцій з дисципліни «Теоретичні основи кваліфікації злочинів»**

**Тема 1. Поняття, види, загальні засади та значення кваліфікації злочинів**

 Кваліфікація злочинів – це термін, який до недавнього часу мав переважно теоретичний зміст, оскільки в КК 1960 р. він не був вживаний. В КПК, навіть в коментарі зміст і значення цього термінологічного звороту також не розкритий.

У КК України 2001 р. термінологічний зворот «кваліфікація злочинів» (у різних відмінках) вживається у декількох статтях (наприклад, ч.2 ст. 9, ст. 35, ч.3 ст. 66, ч.4 ст.67). В останніх двох випадках – буквально вживається термін «кваліфікація», але із контексту можна зрозуміти ясно, що йдеться саме про кваліфікацію злочинів.

Поява терміну «кваліфікація» (злочину) безпосередньо в контексті КК України робить цей термін, по суті, елементом змістом кримінального права і вимагає більш-менш конкретного його визначення. Таке визначення не буде носити нормативного характеру, але все-таки повинне бути якимось загальноприйнятим орієнтиром для усіх, хто здійснює реалізацію кримінально-правових норм – перш за все їх застосування. Водночас треба наголосити на проблемності окремих аспектів змісту поняття «кваліфікація злочинів». Принаймні для того, щоб бачити цю проблемність і сприймати певну умовність традиційного розуміння терміну «кваліфікація» (злочину) як загальноприйнятого орієнтиру для правозастосовних органів.

З урахуванням зазначених вище застережень відповідні характеристики поняття «кваліфікація злочинів» зводяться до такого:

1. За своїм так званим загальноюридичним змістом кваліфікація злочинів є різновидом юридичної кваліфікації. Остання традиційно розглядається в межах теорії права як вибір (знаходження) тієї правової норми, яка передбачає відповідний конкретний випадок і останній (цей випадок) оцінюється, розглядається, аналізується в процесі застосування такої норми. (Більш конкретно це питання розглядається у двохтомниках С.С. Алексеєва «Общая теория права», в 2-х томах, розділ – Юридична кваліфікація і юридичні факти).
2. В контексті механізму правового (перш за все – кримінально-правового) регулювання поняття «кваліфікація злочинів» традиційно пов’язується із застосуванням кримінально-правової норми – особливою формою реалізації права (специфіка цієї форми полягає у тому, що відповідні юридично-значимі дії (оцінки) здійснюють спеціальні органи (посадові особи) і ці органи і особи мають певні владні повноваження, а їх дії (оцінки) забезпечуються певними засобами примусу з боку держави.

Очевидно, ця традиційна точка зору може бути піддана сумніву, принаймні, якщо йдеться про термінологічний зворот «кваліфікація злочину», вжитий у деяких процесуальних нормах. Особливо, коли ми маємо на увазі діяльність органів досудового слідства. Тут говорити про застосування кримінально-правової норми, очевидно, не коректно, оскільки на етапі досудового слідства кримінально-правові норми, очевидно, не застосовуються, а використовуються уповноваженими на те органами і особами.

Яка різниця між використанням і застосуванням норми?

Застосування передбачає настання певних кримінально-правових наслідків – покарання, реагування без покарання, звільнення від відповідальності і покарання тощо (наприклад, застосування норм щодо обставин, які усувають злочинність діяння). Але це – функція суду. На стадії досудового слідства, норма, очевидно, все ж використовується, хоча наслідки тут також є (наприклад, застава, тримання під вартою, домашній арешт), але ці норми напряму не стосуються саме кримінально-правової кваліфікації.

Хоча в КПК вживається слово «злочин», у процесуальних документах також, наприклад, оголосили підозру у вчиненні злочину, тут має місце певного роду умовність. Термінологічний зворот «кваліфікація злочинів» - дещо умовний, безвідносно того, хто її здійснює. Але такий підхід суперечив би Конституції України. Це не застосування кримінально-правової норми на досудовому слідстві. В даному випадку, кримінально-правові норми тут використовуються, під час застосування процесуальних норм.

Кримінально-правова кваліфікація і кваліфікація злочині – це різні поняття.

Звільнення від кримінальної відповідальності – відбувається лише за рішенням суду (окрім амністії і помилування). Якщо встановлено, що відсутній склад злочину або діяння є, наприклад, малозначним чи особа не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність – це застосування кримінальної норми.

А коли слідчий чи прокурор пише, що він вважає, що вчинено злочин, склад якого (чи відповідальність за який) передбачена відповідною статтею КК України – це використання, а не застосування, бо такий висновок не тягне наслідки, передбачені у КК України. Тобто ми знову відмічаємо певну умовність кваліфікації злочину на термінологічному рівні, бо на цій стадії оцінки певного факту ще не має підстав говорити.

1. За своїм загальним кримінально-правовим змістом кваліфікація злочинів є різновидом кримінально-правової кваліфікації. Остання передбачає, що відповідний випадок (певне поєднання фактичних обставин) оцінюється з точки зору відповідності чи невідповідності певним кримінально-правовим нормам (нормативним приписам). Таким чином, кваліфікація злочинів – це один із кількох різновидів кримінально-правової кваліфікації, яка включає ще декілька типових проявів різноманітних кримінально-правових оцінок (наприклад, кваліфікація суспільно-небезпечної поведінки неосудної особи; кваліфікація діяння вчиненого особою, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність тощо).
2. За своїм специфічним (особливим) кримінально-правовим змістом кваліфікація злочинів полягає у встановленні відповідності певної поведінки особи у поєднанні з іншими фактичними обставинами юридичного складу злочину певного виду або окремого різновиду такого злочину. Таким чином, кваліфікація злочинів дозволяє зробити висновок, що поведінка особи є конкретним злочином (злочином певного виду або окремим його різновидом), а, значить, є і злочином взагалі. Саме в цьому полягає специфіка кваліфікації злочинів порівняно із іншими різновидами кримінально-правової кваліфікації. Поза межами кваліфікації злочину дійти висновку, що поведінка особи є злочинною взагалі із юридичної точки зору не можливо, а якщо це робиться, зокрема, в засобах масової інформації, то такий висновок є некоректним.
3. За своїми процесуальними формами кваліфікація злочинів втілюється у відповідні компоненти (елементи) певних процесуальних актів; традиційно такими елементами є формула кваліфікації та юридичне формулювання звинувачення, які уособлюють в собі зовнішні прояви дійсного кримінально-правового змісту кваліфікації злочинів.

З урахуванням цих характеристик одне із можливих визначень кваліфікації злочинів (дефініція) може мати такий вираз – кваліфікація злочинів – це різновид кримінально-правової кваліфікації, що здійснюється судом (у більш широкому і некоректному розумінні) і іншим правозастосовним органом, який в процесі застосування (використання) відповідних кримінально-правових норм доходить висновку про відповідність поведінки особи у поєднанні із іншими фактичними обставинами юридичного складу злочину певного виду (окремого його різновиду) з обов’язковим закріпленням такого висновку у певних процесуальних формах у відповідному процесуальному документі.

Наведене визначення охоплює так зване «вузьке» розуміння поняття кваліфікації злочинів (у традиційній термінології – «офіційна кваліфікація»), хоча у більш широкому розумінні поняття кваліфікації злочинів поширюється і на інші види оцінки певної поведінки особи як злочинної.

Форми реалізації права:

1. Виконання
2. Дотримання
3. Використання
4. Застосування (наприклад, призначення покарання і його реалізація)

Етапи застосування кримінально-правової норми:

1. кваліфікація злочинів (якщо широко – кримінально-правова кваліфікація);
2. обрання заходу кримінально-правового впливу (покарання входить в цей етап, але не лише воно);
3. застосування заходу кримінально-правового впливу (це вже кримінально-виконавче право або пенітенціарне).

Методи (кримінально-)правового регулювання:

* дозвіл;
* припис;
* заборони.

Традиційно в навчальній та науковій літературі кваліфікація злочинів поділяється на види за суб’єктами здійснення та наявністю (відсутністю) певних правових (кримінально-правових) наслідків. При цьому необхідно мати на увазі, що окремі різновиди кваліфікації злочинів виділяються без урахування їх дійсного кримінально-правового змісту, оскільки в цьому разі під кваліфікацією злочинів розуміється лише оціночно-пізнавальний її компонент. Тому наведені вище положення щодо класифікації окремих видів кваліфікації злочинів мають розглядатися як, певним чином, умовні, оскільки в цьому разі поняття кваліфікації злочинів розглядається у більш широкому її розумінні порівняно із тим, що було сформульоване у визначенні.

За першим із названих вище критеріїв (підстав) – суб’єктом здійснення кваліфікації злочинів, вона поділяється на офіційну і неофіційну. Офіційна ще називається легальна.

Офіційна (легальна) кваліфікація злочинів – це кваліфікація, що здійснюється в межах кримінального судочинства і тягне певні правові (переважно, кримінально-правові) наслідки, або кримінально-процесуальні наслідки.

Неофіційна кваліфікація злочинів – це кваліфікація злочинів, яка здійснюється окремими суб’єктами (особами) поза межами кримінально-правового судочинства і, відповідно, не тягне тих правових наслідків, які передбачені відповідними нормами кримінального і кримінального процесуального права.

З урахуванням другого із виділених вище критеріїв (підстав) наявності та характеру відповідних кримінально-правових наслідків офіційна кваліфікація злочинів, в першу чергу, поділяється на:

1. кваліфікацію злочинів, що здійснюється судом (судова кваліфікація). Це, по суті, кваліфікація злочинів у власному (вузькому) розумінні слова; це так звана, остаточна кваліфікація. Вона знаходить своє закріплення у вироці суду.
2. кваліфікацію злочинів, що здійснюється іншими правозастосовними органами (працівниками органів досудового розслідування, слідчими, прокурорами, суддями). Наслідками такої кваліфікації може бути, наприклад, обрання запобіжного заходу, але знову ж таки за кримінальним процесуальним правом такий захід обирає суддя. Така кваліфікація закріплюється в процесуальних документах (постановах, обвинувальних актах, ухвалах суду тощо) та породжує певні юридичні наслідки, що мають обов’язковий характер. Тільки вона має правове значення, оскільки є складовою відомостей, що вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань, при цьому саме з моменту внесення таких відомостей до згаданого Реєстру і розпочинається досудове розслідування (за винятком випадків, передбачених у ч.3 ст. 214 КПК України). Ґрунтуючись на відповідній кваліфікації вчиненого особою злочину, ведеться досудове розслідування, формулюється підозра у вчиненні злочину, висувається відповідне обвинувачення, здійснюється судове провадження, а вже потім ухвалюється судовий вирок, як остаточний акт офіційної кваліфікації.

 На цьому етапі застосовуються норми кримінального процесуального права, бо є наслідки їх застосування, а норми кримінального права використовуються, бо застосовувати їх буде суд, даючи власну оцінку вчиненому і формулюючи власну остаточну офіційну кваліфікацію у вироці. Наслідком у даному випадку буде призначення покарання чи іншого заходу кримінально-правового реагування із тих, що передбачені у КК України.

 Розглянемо приклад сумнівної кваліфікації суспільно небезпечних дій (Кузнєцов, с. 28-29 виділене)

 Приведемо ще один приклад сумнівної офіційної кваліфікації (Кузнєцов, с. 29-30)

 Неофіційну кваліфікацію злочинів за критерієм суб’єкта здійснення такої кваліфікації можна поділити на такі різновиди:

1. так звана доктринальна кваліфікація злочинів – така кваліфікація дається науковцями в межах здійснення своєї наукової діяльності та у вигляді консультацій працівниками правозастосовних органів. Наведемо найбільш складні приклади такої кваліфікації – ст. 117 КК України, ч.4 ст. 187 КК України, коли розбійний напад був пов’язаний із умисним вбивством; ч. 3 ст. 152 КК України щодо особливо тяжких наслідків при згвалтуванні, а також при кваліфікації зґвалтування, вчиненого групою осіб, в якій один із учасників не є суб’єктом.
2. так звана учбова кваліфікація, що дається студентами і викладачами у межах навчального процесу, перш за все при вирішенні ситуацій (задач), наближених до реальних кримінальних справ.
3. так звана публіцистична кваліфікація злочинів, що дається в ЗМІ будь-яким автором; у певному розумінні така кваліфікація злочинів може потягти певні правові наслідки, однак ці наслідки не є кримінально-правовими чи кримінально-процесуальними у тому розумінні, в якому вони наявні у межах офіційної (легальної) кваліфікації злочинів. Але, як би це не парадоксально звучало, такий вид кваліфікації може вплинути на офіційну кваліфікацію (Справа Олени Зайцевої, Харків, жовтень 2017 року).

 Офіційна (легальна) кваліфікація здійснюється практично на всіх стадіях кримінального провадження. При цьому розрізняють попередню та остаточну кваліфікацію. Попередню кваліфікацію здійснюють органи досудового розслідування, прокурори, суди до постановлення вироку. Без неї неможливо перейти до остаточної кваліфікації, бо, якщо діяння попередньо не кваліфікувати як злочин, то це робить неможливим здійснення досудового розслідування у формі досудового слідства, вчинення будь-яких процесуальних дій стосовно особи, яка підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину.

 Остаточну ж кваліфікацію здійснює лише суд, який у своєму вироці визнає діяння злочинним і призначає за його вчинення конкретне покарання. Саме тому, в ч.1 ст. 62 Конституції України встановлено, що «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду».

 При цьому слід мати на увазі, що попередні оцінки, які до вироку застосовувалися не є проявом застосування кримінально-правових норм і не мають правових (зокрема, кримінально-правових) наслідків.

 Приклади.

1. Наслідок другого виду офіційної кваліфікації: слідчий кваліфікував злочин як особливо тяжкий, а це дає можливість застосовувати запобіжний захід – тримання під вартою (без внесення застави) (Справа Зайцевої) або із внесенням застави (Справа Насірова і інших високопосадовців). Тут має місце наслідок, але він має кримінально-процесуальний характер. Кримінальна процесуальна норма застосовується, а кримінально-правова – використовується, бо ще відсутній кримінально-правовий наслідок.
2. Злочин кваліфікується як корисливий, що дає можливість накласти арешт на майно. Кваліфікація дій в подальшому може бути змінена, але вже є відповідний наслідок як результат владної діяльності правоохоронних органів.

Приклади 2 стор. 216 том 2 (корисливі злочини – крадіжка і грабіж)

 Методологічні основи кваліфікації злочинів полягають у використанні положень, правил та прийомів різних наук як правового, так і неправового напрямку. Ці прийоми та правила пов’язані, перш за все, з оціночно-пізнавальним аспектом кваліфікації злочинів і «допомагають» досягти результату, оскільки полегшують здійснення окремих операцій. Таким чином, відповідні положення зазначених наук є компонентами загального методу здійснення кваліфікації злочинів.

 Основні науки, методологічний апарат яких ми використовуємо в процесі кваліфікації злочинів:

1. Логіка – її положення використовуються перш за все в процесі співставлення фактичних обставин та відповідних нормативних приписів. При цьому у більшості випадків таке використання не виходить за межі традиційної формальної логіки. Очевидно, в майбутньому у межах методологічних основ кваліфікації злочинів будуть використовуватися і деякі сучасні розділи формальної логіки – логіка норм, логіка оцінок, а як засіб формалізації – елементи математичної логіки, яка дозволяє відобразити процес кваліфікації у більш конкретному вигляді і, можливо, залучити до цього процесу комп’ютерні програми (приклад, сто. 224, Том ІІ, відмічене; стор. 225 відмічене).
2. Психологія – її положення також можуть розглядатися як окремі методологічні основи, оскільки кваліфікація злочинів як оціночно-пізнавальний процес обов’язково передбачає загальні психологічні характеристики, які можуть бути використані для досягнення кінцевого результату.

Приклад. Стор. 220, виділене, Том ІІ; стор. 221, виділене, Том ІІ.

1. Загальна теорія права – її положення дозволяють визначити більш глибокий зміст кримінально-правової кваліфікації, показати її місце в механізмі правового регулювання, визначити її значення в процесі реалізації права.

 Таким чином, на сучасному етапі розвитку відповідних знань в межах цього спецкурсу ще не виробилися конкретні і цілісні методологічні основи кваліфікації злочинів, які включають використання положень інших наук у вигляді конкретних і точних алгоритмів, оскільки відсутні системні дослідження щодо взаємозв’язку цих наук та їх реального впливу на процес кваліфікації злочинів. Водночас дослідження останніх років (монографії Зінченко, Навроцького. Кузнєцова. Савченка) дозволяють продовжити розроблення методологічних основ кваліфікації злочинів у більш предметному і практичному плані.

**Тема 2. Юридичний склад злочину як правова підстава кваліфікації злочинів**

Як один із основним елементів змісту кримінального права юридична конструкція «склад злочину» використовується в КК України в межах багатьох інститутів, зокрема, при конструюванні окремих обставин, що виключають кримінальну відповідальність (наприклад, необхідна оборона), звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання, в межах умовного засудження та відстрочки виконання вироку. Водночас, найбільш типовою юридичною конструкцією в кримінальному праві є юридичний склад злочину.

Особливості юридичного складу злочину як специфічної юридичної конструкції у кримінальному праві проявляється у такому:

1. юридичний склад злочину – єдина юридична конструкція у кримінальному праві, за допомогою якої криміналізується певний тип суспільно небезпечної поведінки. Він набирає характеру злочину певного виду (окремого різновиду такого злочину) тільки у вигляді юридичного складу злочину.

Особливу увагу слід звернути на те, що юридичний склад злочину не може розглядатися як єдиний спосіб криміналізації, а є лише одним із двох її обов’язкових елементів. Поряд із юридичним складом злочину криміналізація завжди передбачає кримінально-правову санкцію (вид і межу покарання).

Приклад – ст. 286 КК України.

Юридичний склад злочину передбачає не лише характеристику одного лише акту поведінки особи як злочину певного виду (окремого різновиду такого злочину); він фіксує у межах відповідних компонентів і інші юридичні факти, які у поєднанні утворюють певний комплекс і лише цей комплекс може розглядатися як юридичний орієнтир для визнання певної поведінки злочином певного виду чи окремим різновидом такого злочину (у зв’язку із цим в юридичній літературі вживаються поняття, які характеризують юридичний склад злочину як законодавчу модель, «юридичну модель» чи «інформаційно-юридичну модель» злочину певного виду).

Таким чином, юридичний склад злочину завжди фіксує так званий складний фактичний склад, де акт поведінки людини є хоча і основним юридичним фактом, але не єдиним. Тому, традиційні формулювання, які зустрічаються в КПК України та КК України – «наявність (відсутність) у діяння складу злочину» - треба розглядати як певного роду умовні формулювання, оскільки в багатьох випадках склад злочину включає і інші юридичні факти, крім діяння, навіть з об’єктивної сторони (наслідки, час, місце), не кажучи вже про юридичні факти, які характеризують суб’єкта злочину і, певною мірою, його об’єкт.

Приклади – умисне вбивство і умисне вбивство спеціального потерпілого.

Юридичний склад злочину, будучи ідеальною ознакою злочину певного виду, відображений словесно-документально в Кримінальному кодексі України, передбачає особливості акту поведінки особи. Але це не лише діяння. З точки зору теорії права – склад правопорушення і, в тому числі, злочину і юридичні факти (наприклад, вік особи), які ми в діяння включити ніяк не можемо, є окремим юридичним фактом. Те ж можна сказати і про потерпілу особу, наприклад, ст. 117 КК України – малолітня, неповнолітня особа. Це теж юридичні факти і сам по собі вік потерпілої особи не входить в зміст діяння. Окремі юридичні факти знаходяться за межами діяння, але включаються в юридичний склад злочину. Відмічається певна умовність формулювання «в діянні»: відсутній (чи є) склад злочину. Склад злочину – це діяння плюс інші юридичні факти.

Приклад із ст. 286 КК України – одне діяння, але різні наслідки і кваліфікація, тобто кримінально-правова оцінка буде різною. Діяння є, воно суспільно небезпечне, але відсутність наслідків «позбавляє його статусу злочину».

Таким чином, юридичний склад злочину – це модель, яка фіксує поєднання юридичних фактів, а не лише одне діяння.

Юридичний склад злочину є універсальною юридичною конструкцією, за допомогою якої відповідний тип суспільно небезпечної поведінки визнається злочином певного виду. Його універсальність проявляється в тому, що будь-які форми (прояви) злочинної діяльності можуть бути криміналізовані і, відповідно, встановлені в процесі правозастосування лише через юридичний склад злочину. Тому в межах відповідних інститутів Загальної частини кримінального права (зокрема, окремих аспектів обставин, що виключають злочинність діяння, наприклад, перевищення меж необхідної оборони, стадій вчинення злочину, наприклад, готування до злочину, наприклад, співучасті у злочині – підмовництво) – питання відповідальності (її специфіки, меж і підстав) можуть вирішуватися тільки в межах юридичного складу злочину. З цієї точки зору погляди деяких науковців про те, що, наприклад, в межах інституту стадій чи співучасті окремі їх прояви хоч і тягнуть кримінальну відповідальність, але складу злочину не мають, слід розглядати, як некоректні. В цьому разі юридичний склад злочину законодавцем також сформульований, але він має специфічні «зовнішні» прояви і особливі кримінально-правові характеристики.

Як і будь-яка юридична конструкція юридичний склад злочину має свою внутрішню будову. Ця внутрішня будова, оскільки йдеться про юридичну конструкцію, обов’язкову включає структурний аспект і змістовний аспект. Відповідно, окремі властивості, що притаманні цій будові, завжди мають структурний (конструктивний) зміст або розкривають змістовний аспект цієї юридичної конструкції.

Традиційно, це визнається, практично, всіма науковцями, структурний аспект юридичного складу злочину включає, принаймні, два рівні:

А – загальну структуру юридичного складу злочину;

Б – специфічну конструкцію юридичного складу злочину.

Змістовний аспект юридичного складу злочину передбачає відповідну характеристику з точки зору якісної специфіки тих компонентів структури, які є обов’язковими для даного юридичного складу злочину. В окремих випадках, оскільки йдеться про юридичний склад злочину як інформаційну модель злочину певного виду, змістовний аспект може включати певну інформацію про відсутність окремих юридичних фактів, оскільки саме така відсутність дозволяє сформулювати якісну специфіку злочину саме даного виду.

Ще один важливий момент в межах структурного аспекту юридичного складу злочину, це зв’язки між окремими обов’язковими елементами цієї юридичної конструкції. Традиційно в теорії кримінального права розглядається лише причинний зв’язок між діянням і наслідками як елемнтами об’єктивної сторони юридичного складу. При цьому цей причинний зв’язок некоректно іменується ознакою юридичного складу злочину. Між тим:

1. в межах юридичного складу злочину мають місце зв’язки не лише причинного характеру (наприклад, п.2 ч. 2 ст. 115 КК України);
2. навіть причинний зв’язок може мати місце не лише між діянням і наслідками, а і між іншими елементами.

Таким чином, зв’язки між елементами юридичного складу злочину можуть розглядатися як самостійний елемент цієї юридичної конструкції і у тих випадках, коли вони мають самостійне кримінально-правове значення обов’язково має враховуватись при визначенні специфічної конструкції у відповідних юридичних складах злочинів.

При цьому необхідно звернути увагу і на таке:

1. відповідні положення Особливої частини КК України, що описують специфічні особливості злочину певного виду (окремого різновиду такого злочину) можуть умовно називатися «специфічною частиною юридичного складу злочину»;
2. відповідні положення Загальної частини КК України, що обов’язково входять до юридичного складу злочину безпосередньо чи у конкретній формі, можна умовно назвати загальною частиною юридичного складу злочину;
3. окремі положення певною мірою умовно можна назвати особливими компонентами (елементами) юридичного складу злочину;
4. якщо йдеться про юридичні склади злочинів, які утворюються з урахуванням положень окремих інститутів Загальної частини КК України (перш за все стадій і співучасті) – доцільно іменувати такі юридичні склади злочинів особливими юридичними складами злочинів.

У зв’язку з наведеною, хоча і не зовсім традиційною термінологією, бажано звернути увагу на умовність традиційного формулювання – склад злочину, передбачений в диспозиції статті Особливої частини КК України. В цьому разі відповідною статтею (частиною статті) передбачений не юридичний склад в цілому, а лише його специфічна частина, а якщо мова йде про кваліфікований склад злочину, то специфічна частина може бути передбачена і в інших частинах чи статтях Особливої частини КК України.

Склад же злочині в цілому у будь-якому разі передбачений кількома статтями Загальної частини КК України і принаймні однією статтею (частиною) Особливої частини ( в такому розумінні юридичний склад злочину і може розглядатися як компонент так званої логічної кримінально-правової норми).

Кваліфікація злочинів є різновидом юридичної кваліфікації в процесі реалізації кримінально-правової норми. У найбільш загальній формі юридична кваліфікація означає вибір тієї правової норми, за допомогою якої може бути вирішена конкретна життєва ситуація. Таким чином, більш широким поняттям щодо поняття «кваліфікація злочинів» є поняття «юридична кваліфікація» (загальноправове поняття) і «кримінально-правова кваліфікація» (кримінально-правове поняття).

Крім виділеного власне правового (кримінально-правового) кваліфікація злочинів має також оціночно-пізнавальний і психологічний аспекти – вони залишаються за межами предмету кримінального права, хоча перший із цих аспектів може бути ключовим орієнтиром для об’єднання окремих різновидів кримінально-правової оцінки діяння, що здійснюється на різних стадіях кримінального судочинства.

Ми, в основному, вивчатимемо один вид кримінально-правової кваліфікації, який з певною долею умовності і буде позначатися терміном «кваліфікація злочинів».

В юридичній літературі кваліфікація злочинів розглядається як один із найважливіших етапів (елементів) застосування кримінально-правової норми (кримінального закону). Очевидно, це положення, є безумовно правильним лише тоді, коли кримінально-правову оцінку діяння як злочину певного виду (окремого різновиду такого злочину) дає суд (в обвинувальному вироці, в інших документах – апеляційній ухвалі тощо). Якщож мова йде про таку оцінку з боку інших правозастосовчих органів (поліції, прокуратури), кваліфікація злочинів як етап застосування кримінально-правової норми, по суті, місця ще не має – в даному разі застосовуються лише відповідні кримінальні процесуальні норми, а кримінально-правові норми є лише певним орієнтиром для попередньої кримінально-правової оцінки діяння.

Таким чином, за своїм юридичним змістом попередня кримінально-правова оцінка діяння, яка має місце до моменту винесення судом обвинувального вироку, і кваліфікація злочину (злочинів) у власному розумінні слова (починаючи із винесення обвинувального вироку судом) відрізняються. За своїм же оціночно-пізнавальним змістом (починаючи, принаймні, з оголошення підозри) і попередня кримінально-правова оцінка діяння і кваліфікація у власному розумінні слова, в принципі, співпадають. Тому, дещо умовно, із урахуванням зроблених вище застережень, термін «кваліфікація злочинів» може позначати всі різновиди кримінально-правової кваліфікації, які оцінюють певне діяння у поєднанні з певними юридичними фактами як злочин певного виду (певного різновиду даного злочину).

З урахуванням вищевикладеного кваліфікація злочинів може бути визначена:

* як різновид кримінально-правової кваліфікації , що має місце в процесі застосування кримінально-правової норми і визначає певний акт поведінки людини у поєднанні з певними іншими юридичними фактами як злочин певного виду (окремий різновид такого злочину) з обов’язковим закріпленням такого висновку у встановлених формах у відповідних процесуальних документах. При цьому зазначене визначення повністю відповідає тим різновидам кримінально-правової кваліфікації, які здійснюються судом.

В чинному Кримінальному кодексі України дефініції термінологічного звороту «кваліфікація злочинів» немає. Нас цікавить правильний зміст цього термінологічного звороту. Кваліфікація – це віднесення до якогось виду, різновиду, класу. Індивідуальний випадок підводиться під якийсь класс, вид, який має якість певні ознаки, які випливають із змісту закону, кодексу. Наприклад, такий підхід дасть нам можливість відповісти на питання, чому цей випадок ми розглядаємо як грабіж, а не як крадіжку, нанесення умисних тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть потерпілого, а не умисне вбивство тощо.

Оціночно-пізнавальний зміст кваліфікації (кримінально-правової оцінки діяння як злочину) – однаковий на всіх стадіях.

А суто юридичний зміст – є завжди різним. Наші з вами висновки, висновки слідчого, адвоката не породжують кримінально-правових наслідків. Це не є застосуванням кримінально-правової норми. Принципова відмінність кваліфікації злочинів як елементу застосування кримінально-правової норми – це те, що її може здійснювати лише суд. Наші оцінки є попередніми, це не застосування кримінально-правової норми, а її використання для застосування кримінальної процесуальної норми.

Але ми в процесі вивчення даного спецкурсу поняття кваліфікації злочинів розуміємо у його оціночно-пізнавальному значенні і поширюємо на всіх учасників кримінального судочинства.

Першим – нульовим етапом вироку є визнання особи винною у вчиненні злочину. Потім іде застосування кримінально-правової норми, визначається, в чому ж конкретно винна особа, на які статті КК України суд посилається. І заключним етапом є покарання і спосіб його реалізації.

Наприклад, кримінальна справа може бути закрита (необхідна оборона) – це кримінально-правова кваліфікація, але не кваліфікація злочину. Пройшли строки давності – справа може бути закрита за згодою особи і особа звільняється від кримінальної відповідальності. Тут має місце і кваліфікація злочину, і загальна кримінально-правова оцінка (кримінально-правова кваліфікація) вчиненого.

Кваліфікація злочину – це завжди оцінка діяння як злочину певного виду. Це різновид кримінально-правової оцінки діяння – воно оцінюється як злочин.

Висновок, що дане діяння є злочином певного виду, набирає певної конкретної форми у процесуальному документі – обвинувальному вироці, в якому не буде написано, що особа вчинила крадіжку, а буде вказана конкретна частина конкретної статті, тобто це твердження прийме конкретну зовнішню форму.

1. встановлення, доказування і процес закріплення відповідних доказів щодо певних юридичних фактів лежить за межами механізму кваліфікації злочинів. Правозастосовчі органи (дізнання, слідства, прокуратури чи суду) мають вводити в орбіту кваліфікації злочинів (включати в її механізм) лише ті фактичні обставини, які вважаються доведеними.

(питання доказування не є предметом кримінального права і не є предметом кримінально-правової кваліфікації. В англо-американській сім’ї права вони зрослися, у нас же це дві різні галузі права – кримінальне право і кримінальний процес)

1. відповідні фактичні обставини з урахуванням їх кримінально-правової значущості мають бути певним чином узагальнені і систематизовані. При цьому обов’язково треба визначитися, які з них мають значення саме для кваліфікації злочинів, які мають кримінально-правове значення взагалі (наприклад, впливають на міру покарання), а які зовсім не мають в даному конкретному випадку кримінально-правового значення. Саме перша група обставин у систематизованому і дещо узагальненому вигляді утворює так званий фактичний склад злочину.
2. Важливим елементом кваліфікації злочинів є встановлення того юридичного складу злочину (інколи, і досить часто, кількох юридичних складів злочинів), який виступає правовою підставою кваліфікації злочинів – правовим орієнтиром для визнання відповідного акту поведінки людини у поєднанні з іншими фактичними обставинами (юридичними фактами) злочином певного виду чи окремим різновидом злочину. Процес визначення такого юридичного складу – його специфічної конструкції і конкретного змісту відбувається з урахуванням певних правил і прийомів.
3. співставлення відповідних фактичних обставин з визначеним відповідним юридичним складом злочину є відносно самостійним і одним із найбільш важливих елементів механізму кваліфікації злочинів. Таке співставлення відбувається в межах індивідуальної правосвідомості слідчого, прокурора, судді і це співставлення також має свої принципи, прийоми та правила.
4. якщо висновок стосовно відповідності акту поведінки людини у поєднанні із іншими фактичними обставинами юридичного складу злочину певного виду (окремого різновиду такого злочину) носить позитивний характер, то такий висновок дістає спеціальне закріплення у відповідному процесуальному документі. При цьому таке закріплення відбувається у двох основних формах – формулі кваліфікації злочину (ФКЗ) та юридичному формулювання обвинувачення (ЮФО). В окремих процесуальних документах може бути також викладене обгрунтування здійсненої кваліфікації злочинів, однак таке обгрунтування окремим елементом кваліфікації злочинів не є, а може розглядатися як факультативний компонент, що лише підтверджує (обгрунтовує) обов’язкові елементи.

Формула кваліфікації злочинів – являє собою поєднання певних символів (знаків), в яких «зашифрована» певна інформація кримінально-правового характеру. Символами (знаками) виступають конкретні техніко-юридичні засоби, за допомогою яких фіксується відповідне джерело, а інколи декілька джерел кримінального права, а також ті його структурні елементи (статті, частини, пункти), які «представляють» відповідний юридичний склад злочину.

У переважній більшості випадків джерелом кримінального права є КК України. Відповідно, його структурними елементами є статті (частини, пункти статей) Загальної та Особливої частин. При цьому у правозастосовчій практиці прийняті певні правила посилання на КК України та на його елементи.

Ці правила зводяться до такого:

1. у процесуальних документах замість повної назви вживається абревіатура – КК або КК України;
2. якщо у формулі кваліфікації міститься посилання на кілька статей КК України, то абревіатура вживається в кінці, після того, як перерахували всі статті та частини статей;
3. у формулі кваліфікації завжди міститься посилання на статтю Особливої частини КК України. Звертаємо увагу на спеціальні позначки – ч. 1 ст. 209-1 КК України;
4. у переважній більшості статей Особливої частини є декілька частин. Вони, як правило, визначають відповідальність за окремі різновиди злочинів одного і того ж виду і тим самим містять «специфічну» частину окремих юридичних складів злочинів. У формулі кваліфікації злочинів обов’язкове посилання на частину статті – ч.1 ст. 185 КК України. У попередньому КК України номери частин не вказувалися. Звернути увагу, що окремі кримінально-правові норми мають нетипову побудову – наприклад, ст. 109 КК України; ст. 102 КК України; ст. 114 КК України (спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності); ст. 130 КК України; ст. 209-1 КК України. Якщо стаття містить пункти, обов’язковим є посилання на пункти. Пункти самостійного значення не мають, але є обов’язковим компонентом частини статті.
5. крім посилання на статті Особливої частини КК України в окремих випадках необхідним є посилання на деякі статті і їх частини Загальної частини КК України. Такі посилання не мають самостійного характеру, вони завжди мають місце у поєднанні із посиланням на статті Особливої частини КК України. Наприклад, ч. 1 ст. 14, ч. 1 ст. 115 КК України, ч. 2(3) ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК України, ч. 3 (4,5) ст. 27, ч. 1 ст. 115 КК України.
6. у багатьох випадках у формулі кваліфікації злочинів фіксується сукупність злочинів – особі інкримінується декілька різних юридичних складів злочинів. Обов’язкова умова спеціального юридичного характеру щодо правильного написання формули кваліфікації у цих випадках – окреме посилання на відповідну статтю Особливої частини КК України. При цьому постає питання про зовнішні форми виокремлення на рівні формули кваліфікації злочинів одного юридичного складу злочину від іншого. Один юридичний склад злочину відділяється від іншого крапкою із комою. Приклад: ч.2 ст. 152; ч. 3 ст. 152; ч. 4 ст. 152 КК України; ч. 5 ст. 19, ч. 2 ст. 15, п.п. 2, 6 ст. 115; ч. 3 ст. 15, п.п. 5,6,11,13 ч. 2 ст. 115 КК України.

**Тема 3. Особливості конкретизації змісту окремих елементів юридичного складу злочину**

Вступні моменти:

1. Оцінку фактичних обставин ми робимо протягом всього процесу вивчення кримінального права. Тут же дається схема оцінки по складовим частинам юридичного складу злочину. Головними є 1 і 6 питання.
2. При вирішенні задачі достатньо години. Щоб створити раціональну програму кваліфікації злочину. Якщо знаєш раніше засвоєний матеріал. Необхідно оцінювати фактичні обставини більш раціонально.
3. Необхідне розуміння певних можливих колізій між об’єктивними і суб’єктивними чинниками поведінки суб’єкта. Не завжди діє принцип пріоритету кваліфікації за суб’єктивним чинником – спрямованістю умислу. Тут є цілий ряд варіантів. На рівні закону вони однозначно не закріплені.

В контексті цього спецкурсу являє собою спрощений алгоритм, елементами якого є відповідні дії суб’єкта, які вчиняються:

а) у певній послідовності;

б) з метою визначення значення для кваліфікації певних фактичних обставин;

в) поза межами процесу доказування і відображення в матеріалах справи (ці дії не входять в зміст кваліфікації злочинів взагалі і якщо є певні сумніви щодо фактичних обставин – діє принцип, що всі сумніви тлумачаться на користь особи – суб’єкта злочину (або особи, яка вчинила діяння, що формально містить ознаки злочину).

Основним орієнтиром для створення загальної програми кваліфікації злочинів є загальна структура юридичного складу злочину з певним рівнем конкретизації відповідних її складових частин. При цьому необхідно мати на увазі, що послідовність визначення впливу на кваліфікацію відповідних фактичних обставин в загальній програмі кваліфікації злочинів відбувається за традиційним підходом:

Об’єктивна сторона

Об’єкт злочину (наприклад, умисне вбивство – немає трупа, а потім людина виявляться живою, перекинув дружину з моста в річку і відбув покарання як за вбивство)

Суб’єктивна сторона

Суб’єкт (не можна говорити про вину, якщо особі, яка вчинила умисні цілеспрямовані дії, не виповнилося 14 років)

Подія злочину

Ось що ми встановлюємо послідовно, ось чому даємо кримінально-правову оцінку. Іншого орієнтиру для кримінально-правової кваліфікації немає. По суті, відбувається процес співпадіння фактичних обставин із компонентами юридичного складу злочину.

Якщо немає діяння – проблема наслідків, причинного зв’язку відпадає сама собою.

Наприклад, ст. 286 КК України – збив машиною хоч 6 людей, але не було порушення правил дорожнього руху. Це ми називаємо нещасний випадок. Але не казус!!

Інший приклад, особа мала намір убити, стріляла в людину, влучила, але медична допомога врятувала життя. Умисні тяжкі тілесні ушкодження будуть предметом кримінально-правової оцінки, але це не впливає на кваліфікацію, бо дії особи будуть кваліфікуватися як замах (який?) на умисне вбивство.

Особа мала намір вчинити крадіжку в особливо великому розмірі, а реально вдалося викрасти чужі речі на суму, що відповідає ознаці «великий розмір». Кваліфікуємо як замах на крадіжку в особливо великому розмірі. Не об’єктивне втілення, а суб’єктивне.

1. Серед фактичних обставин завжди є такі, які кореспондують з обов’язковими елементами будь-якого юридичного складу злочину. Відповідно, їхня кримінально-правова оцінка повинна бути проведена завжди і, очевидно, саме в такій послідовності, яка запропонована схемою:
2. Об’єкт (безпосередній, предмет, потерпілий);
3. Об’єктивна сторона (діяння);
4. Суб’єкт (вік, осудність, спеціальний суб’єкт);
5. Суб’єктивна сторона (вина, мотив, мета).

Звернути увагу: обов’язкові ознаки - без яких склад злочину не існує; факультативні – які не впливають на кваліфікацію.

Немає об’єкта – немає події злочину – немає юридичного складу злочину.

Фактичні обставини, які кореспондують із обов’язковими ознаками юридичного складу злочину завжди будуть включені в процес кваліфікації (або в загальну програму кваліфікації).

1. Кримінально-правова оцінка фактичних обставин шляхом співставлення з так званими факультативними елементами юридичного складу злочину також буде відбуватися обов’язково, але в більшості випадків таке співставлення передбачає висновок – відповідні фактичні обставини можуть впливати, а можуть і не впливати на кваліфікацію поведінки суб’єкта.
2. В реальній правозастосовній практиці можуть мати місце певні колізії (суперечності) між кримінально-правовими оцінками різних фактичних обставин; вирішення зазначених колізій не має універсальної програми, хоча можливі, в принципі, три варіанти такого вирішення:

а) пріоритет має оцінка суб’єктивної сторони юридичного складу злочину – перш за все спрямованості умислу (щодо необережних злочинів – змісту вини);

б) в остаточній кваліфікації враховуються і оцінки суб’єктивної сторони, і оцінки об’єктивної сторони – кожна із них справляє свій вплив на кваліфікацію злочинів;

в) не виключений варіант пріоритету оцінки за об’єктивною стороною – коли визначальний вплив на остаточну кваліфікацію мають фактичні обставини, що кореспондують з елементами об’єктивної сторони ( як приклад – наслідок при крадіжці, наслідок при порушені правил управління транспортним засобом).

4. В процесі реальної кримінально-правової оцінки фактичних обставин по конкретним кримінальним справам правозастосувач ніколи повністю не здійснює загальну програму кваліфікації злочинів. Він завжди певним чином конкретизує загальну програму, створюючи для себе індивідуальну програму кримінально-правової оцінки фактичних обставин. Практично завжди така програма має комплексний характер і не співпадає із послідовністю, яка запропонована нами раніше.

5. І лише в окремих випадках для перевірки правильності висновків, одержаних в межах індивідуальної програми кваліфікації злочинів бажано здійснити кримінально-правову оцінку фактичних обставин в тому обсязі і тій послідовності, яка характерна для загальної програми кваліфікації злочинів. Це потрібно для того, щоб упевнитися, що ніяких помилок в межах створеної суб’єктом кваліфікації індивідуальної програми не допущено і всі фактичні обставини, що впливають на кваліфікацію злочину, оцінені ним правильно.

Таким чином, програма кваліфікації злочинів має відповідати на такі питання:

1. Які із введених в «орбіту» кваліфікації фактичні обставини безпосередньо впливають н атаку кваліфікацію – тобто кореспондують з обов’язковими елементами юридичного складу того злочину, який інкримінується в кінцевому підсумку суб’єкту;
2. Як саме впливають названі вище фактичні обставини на кваліфікацію злочину. Зокрема, чи визначають вони безпосередньо зміст остаточної кваліфікації чи відіграють іншу роль (свідчать про відсутність певної ознаки, є одним із альтернативних (факультативних) проявів відповідної ознаки, кореспондують із критерієм оціночної ознаки);
3. Як має вирішуватися питання у випадках колізії окремих кримінально-правових оцінок відповідних фактичних обставин – перш за все, як має вирішуватися питання про пріоритет чи комплексне врахування відповідних оцінок.

Кримінально-правова оцінка фактичних обставин, що відносяться до об’єкта злочину в межах загальної програми кваліфікації злочинів передбачає (це спрощений алгоритм):

1. встановити ті соціальні цінності, яким відповідним діянням суб’єкта спричинена реальна шкода. В окремих випадках (перш за все, якщо мова йде про готування до злочину) необхідно визначити також характер та зміст тих соціальних цінностей, які поставлені під загрозу заподіяння шкоди;
2. з’ясувати, чи не пов’язана зазначена у п. 1 шкода з конкретними предметами чи ознаками потерпілого. Якщо такий зв'язок існує, визначити зміст і розмір шкоди стосовно конкретного предмета чи потерпілого;
3. якщо шкода спричинена кільком соціальним цінностям, визначити їх ієрархію, керуючись як загально правовими орієнтирами, так і соціальними орієнтирами в межах підходів чинного КК України (в окремих випадках ці орієнтири можуть суперечити один одному – зокрема, ієрархія, визначена ст.. 3 Конституції України та послідовність розділів Особливої частини КК України).
4. визначитись із такими моментами:

а) чи може оцінюватись відповідна соціальна цінність як єдиний безпосередній об’єкт злочину;

б) якщо шкода спричинена кільком соціальним цінностям – чи можна тут говорити про кілька безпосередніх об’єктів злочину, зокрема, про основний та додатковий безпосередні об’єкти злочину;

в) вирішити питання про те, чи впливає на кваліфікацію злочину відповідний предмет чи потерпілий, і якщо впливає, то яким чином;

Приклад: вчинене умисне тяжке тілесне ушкодження, в результаті якого людина залишилася інвалідом на все життя. Але шкода здоров’ю особи визнана безпосереднім об’єктом злочину не буде. Коли така ситуація матиме місце? Відповідь – при будь-якому замаху на умисне вбивство. Шкода здоров’ю особи буде охоплюватися складом замаху на умисне вбивство.

Приклад: здійснене умисне вбивство працівника міліції у зв’язку із виконанням службового обов’язку. Безпосередніми об’єктами можуть бути і життя людини, і її професійна діяльність. Основним безпосереднім об’єктом буде його професійна діяльність, додатковим – життя.

Вбивство потерпілого (простого громадянина, який допоміг затримати злочинця). Тут об’єктом є життя людини (ст.. 115 КК).

Чому виникає різниця у визначенні об’єкта злочину – безпосередній об’єкт злочину завжди входить в зміст родового об’єкта.

Дві схожі ситуації, а на рівні юридичного складу злочину – різна кваліфікація. І об’єкти грають роль розмежувальної ознаки.

Кримінально-правова оцінка фактичних обставин, що кореспондують з елементами об’єктивної сторони юридичного складу злочину передбачає таку послідовність:

1. встановити ті фактичні обставини, які в певній мірі визначають зміст діяння особи. Зокрема, необхідно встановити початковий і кінцевий моменти діяння; визначити, чи не пов'язаний його зміст з так званими банкетними ознаками; хоча б попередньо визначитися з кримінально-правовою характеристикою діяння (декількох діянь) – одним юридичним складом злочину воно охоплюється чи є елементом множинності злочинів (наприклад, тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого; зґвалтування, поєднане із нанесенням тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних в момент заподіяння або таких, що, наприклад, призвели до непоправного знівечення обличчя).
2. з’ясувати, чи пов’язані із діянням певні наслідки за можливості визначити їх характер та розмір; вирішити питання, хоча б попередньо, чи впливають наслідки на кваліфікацію злочину і якщо впливають, то який характер впливу (безпосередньо визначають зміст обов’язкової ознаки юридичного складу злочину чи разом з іншими обставинами конкретизують зміст ознаки, не пов’язаної з суспільно небезпечними наслідками);

Не завжди реальні наслідки впливають на кваліфікацію саме як наслідки.

1 ситуація – під час вчинення відкритого викрадення майна, потерпілому спричинені середньої тяжкості тілесні ушкодження. Грабіж чи розбій? Наслідки характеризують зміст діяння; під час вчинення хуліганських дій потерпілому нанесені середньої тяжкості тілесні ушкодження – характеризують ознаку особлива зухвалість і самостійної кваліфікації не отримують. Подивитись постанову Пленуму.

2 ситуація – нанесення умисних середньої тяжкості тілесних ушкоджень з особистих мотивів. Тут наслідки є самостійним елементом юридичного складу злочину з матеріальним складом; під час зґвалтування потерпілій нанесено середньої тяжкості тілесні ушкодження – не є самостійним елементом, а конкретизує спосіб вчинення злочину.

1. якщо мають місце відповідні наслідки слід визначитися у наявності причинного зв’язку між відповідним діяння і наслідками.

Приклад – суб’єкт збив пішохода і, не спиняючись, поїхав. Пішохід помер. Кваліфікація – порушення правил дорожнього руху, що спричинило смерть потерпілого і залишення в небезпеці, що потягло смерть. В чому помилка? Смерть потерпілого може бути поставлена в вину особі лише один раз. Не можна людину «вбити двічі». Але ця ситуація буде правильною тоді, коли потерпілий помер не зразу. А в першій ситуації – наслідком будуть тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні в момент заподіяння і залишення в небезпеці, що призвело до смерті. Висновок – необхідно визначитися, яке саме діяння призвело до смерті. Причинний зв'язок має бути прямим, а не опосередкованим. Якщо людина померла зразу, чи через 1-2 хвилини, то кваліфікуємо лише за відповідною частиною ст.. 286 КК України (Приклад із зайцевою і тими потерпілими, які потім померли в лікарні).

1. визначити кримінально-правове значення, перш за все для кваліфікації злочинів, так звані факультативні елементи об’єктивної сторони – спосіб, місце, час, обстановку (ситуацію), знаряддя та засоби вчинення злочину.

Звернути увагу:

а) час і місце – не залежно від того, чи впливають вони на кваліфікацію чи ні, обов’язково мають бути зазначені в межах фактичної сторони звинувачення (тобто, подія злочину конкретизується на фактичному рівні у матеріалах справи і у вироці). Це своєрідна фіксація юридичного факту.

б) як і випадку із наслідками, окремі обставини, що кореспондують з факультативними елементами можуть безпосередньо впливати на кваліфікацію самостійно, характеризуючи обов’язкові елементи юридичного складу злочину (наприклад, спосіб у більшості юридичних складів розкрадань), а можуть разом із іншими фактичними обставинами визначати зміст обов’язкових обставин юридичного складу злочину (наприклад, обстановка при вчиненні хуліганства). Злісне хуліганство – нецензурна лайка і крики біля пологового будинку; незлісне, дрібне – в 2 години ночі біля студентського гуртожитку. В комунальній квартирі – чоловік і жінка лаються на кухні. І теж саме в оперному театрі, що призвело до зриву вистави.

 Вплив фактичних обставин може бути як прямий, так і опосередкований.

У будь-якому разі обставини об’єктивного характеру, що в тій чи іншій мірі впливають на кваліфікацію злочину (навіть скажемо більш широко – мають кримінально-правове значення) мають обов’язково бути зазначені на рівні викладу факту скоєння злочину (при формулюванні фактичної сторони звинувачення).

Це робиться, перш за все, для того, щоб можна було їх сприйняти конкретним правоохоронним органом і реально прослідкувати їх зв'язок із інкримінованим особі юридичним складом злочину.

Хтось (наприклад, водій) порадив бухгалтеру неправильно порахувати суму грошей. Ви будете вважати водія підмовником до ухилення від сплати податків, ще й у великому розмірі. Хіба він підмовив до вчинення злочину? В цьому випадку адвокат доведе, що обвинувачення має носити конкретний характер – всі діяння мають кореспондувати з конкретними обставинами конкретного юридичного складу злочину.

Цей процес передбачає:

1. необхідно встановити точний вік особи – число, місяць і рік народження. Обов’язково вказати ці дані у обвинувальному висновку і у вироці суду.. звернути увагу на правила визначення віку особи, якщо точна дата народження невідома (останній день місяця року – це день народження, а особа вважається такою, що досягла певного віку в наступний день після дня народження). Це юридичні презумпції і фікції – записані не в КК, а в КПК;
2. визначити вплив віку на кваліфікацію дій особи. Цей вплив може проявлятися у тому, що дії особи відповідно до ст.. 22 КК України можуть бути кваліфіковані не за тими статтями Особливої частини КК, які передбачають фактично вчинене суб’єктом діяння за ознаками об’єктивної і суб’єктивної сторони, а за іншими статтями КК з урахуванням саме віку особи. Наприклад, ст. 255, в ст. 22 КК не передбачена, отже дії неповнолітніх у віці від 14 до 16 років мають бути кваліфіковані за іншими статтями КК, зокрема за тими, що передбачають відповідальність за злочини, вчинені в складі цієї злочинної організації.
3. пересвідчитись в осудності особи. При наявності сумнівів призначається експертиза. У КК 2001 р. з’явилася ст. 20 про обмежену осудність. У зв’язку із цим відповідні юридичні характеристики мають бути орієнтирами для оцінки фактичних обставин, що характеризують суб’єкта злочину. В окремих випадках прояви обмеженої осудності передбачені в юридичних складах злочинів як обов’язкові ознаки (ст.ст. 116,117,123 КК України).
4. встановити, чи не пов’язане вчинення суб’єктом відповідного діяння з якимись його специфічними характеристиками. Якщо такий зв'язок має місце – визначити, наскільки відповідні ознаки впливають на кваліфікацію дій цього суб’єкта та його співучасників, чи не є ці ознаки обов’язковими ознаками спеціального суб’єкта злочину.

Крадіжки із проникненням – ст. 185 КК або ст. 191 КК, якщо це спеціальний суб’єкт. Викрадення із магазину. Майно знаходиться у віданні завідувача магазину, він використав ключ, щоб ним заволодіти. Співучасть у злочині, вчиненому спеціальним суб’єктом, якщо вона полягає у виконанні об’єктивної сторони, кваліфікується як злочин, вчинений спеціальним суб’єктом. Дії всіх осіб, які виконували об’єктивну сторону, будуть кваліфікуватися за ст. 191 КК Україна. Спеціальний суб’єкт злочину – ч. 2,3,4 ст.18 КК України, а також примітка до ст. 364 КК України.

Але є такі ознаки спеціальних суб’єктів, які не можуть бути поширені на інших осіб (наприклад, п. 13 ч. 2 ст. 115 КК).

При кваліфікації злочинів оцінка обставин, які характеризують суб’єктивну сторону юридичного складу злочину, має здійснюватися у такій послідовності:

1. визначити ті фактичні обставини, які несуть інформацію про зміст вини;
2. «накласти» їх на формулювання, передбачені у ст.ст. 24,25 КК України і попередньо вирішити питання про форму та вид вини;

Звернути увагу на те, що відповідні фактичні обставини носять, як правило, об’єктивний характер і тому вони несуть інформацію про вину не безпосередньо, а опосередковано. Тому на рівні фактичної сторони звинувачення треба наводити ці обставини, а не вживати бездоказово «умисно» або «діючи з прямим умислом»;

1. визначити, наскільки форма і вид вини впливає на кваліфікацію. Особливо це стосується виду вини. Він може свідчити про неможливість інкримінування особі певних юридичних складів злочину (наприклад, замахів на вчинення злочину, підбурювання до вчинення злочину – якщо в діях не вбачається прямого умислу).

Звернути увагу на те, що в окремих випадках зміст і спрямованість вини (умислу) може не співпадати з обставинами об’єктивного характеру. В цьому разі треба додатково визначити вплив суб’єктивних ознак на кваліфікацію злочину, а іноді і поєднання суб’єктивних і об’єктивних ознак. Наприклад, як це відбувається у випадку розмежування замаху на умисне вбивство і нанесення тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних в момент заподіяння.

1. встановити і обов’язково зафіксувати в процесуальному документі мотив, яким керувався суб’єкт при вчиненні злочину. Цей мотив є обов’язковим елементом предмету доказування в кримінальній справі.

Навіть при вчиненні необережного злочину на рівні фактичної сторони звинувачення він має бути зазначений навіть тоді, коли він не є обов’язковим елементом юридичного складу злочину. Що стосується мети, то вона має бути зазначена при викладі звинувачення у вчиненні, перш за все, умисного злочину, в тому числі і тоді, коли вона також не є обов’язковим елементом юридичного складу злочину;

1. визначити, чи не впливають мотив і мета як окремі характеристики психічної діяльності суб’єкта на кваліфікацію злочину безпосередньо (як обов’язкові елементи юридичного складу злочину) чи опосередковано (як складові чи показники інших обов’язкових елементів юридичного складу злочину). Звернути увагу, що при кваліфікації дій співучасників злочину можливі ускладнені варіанти врахування мотивів злочину. Зокрема, інколи власний мотив окремих співучасників при кваліфікації вчиненого ними злочину ігнорується, а інколи на характер його дій впливає мотив, яким керується інший співучасник (особливо це проявляється при кваліфікації умисного вбивства на замовлення та з корисливих мотивів). Суб’єкт (співучасник) найняв іншу особу (виконавця) для вчинення умисного вбивства, хоч його особистий мотив не корисливий. Кваліфікація має відбуватися за формулою – співучасть в умисному вбивстві з корисливих мотивів, вчиненому на замовлення і підмовництво до умисного вбивства на замовлення, вчиненого з корисливих мотивів.

Особистий мотив тут ігнорується (ненависть до убитого, помста…).

Другий приклад – до власного додається ще мотив, хоча у суб’єкта особисто цього мотиву немає, тобто він відповідає як би за два мотиви – якщо найманий вбивця вбиває особу, яка виконувала свій громадський чи службовий обов’язок і усвідомлює це, хоча він особисто вбиває лише за гроші. Це щось типу «юридичних парадоксів» - йому будуть інкриміновані і корисливий мотив, і в зв’язку із виконанням, і на замовлення. Мотив замовника додається до мотиву виконавця.

Ще одне відкрите і досить складне питання, яке виникає при кваліфікації двох і більше особі, коли до кожної особи виділяється окремий мотив.

**Тема 4. Кваліфікація незакінченого злочину**

Визначення: стадія злочину – це окремий етап вчинення умисного злочину, що відрізняється певними особливостями свого юридичного складу, визначеними в ч. 1 ст. 13, ч. 1 ст. 14 та ст. 15 КК України.

Певною мірою на зміст окремих стадій злочину впливає також ст. 17 КК України, яка формулює ознаки добровільної відмови і тим самим дозволяє – за принципом від противного – визначати зміст окремої стадії злочину. Інші характеристики стадій злочину приведені в Науково-практичному коментарі до КК України.

Традиційно в теорії кримінального права видами незакінченого злочину або «попередньої злочинної діяльності» є готування до злочину та замах на злочин. При цьому виділення цих видів пов’язане переважно із співвідношенням фактично вчиненого особою діяння з юридичним складом закінченого того злочину, який має намір вчинити особа (переважно із ознаками, що характеризують його об’єктивну сторону).

Ще однією істотною характеристикою кожної із стадій незакінченого злочину є певна колізія між спрямованістю умислу і фактично вчиненим діянням за його об’єктивними ознаками.

Дещо відступає від традиційної точки зору і положення про те, що на стадіях незакінченого злочину відповідне діяння особи припиняється (зупиняється) не лише всупереч її волі, а і за власною волею особи. З цієї точки зору, так звана вимушена відмова від доведення злочину до кінця може мати місце на стадіях готування до злочину і замаху на злочин як факультативний їх елемент. Необхідно звернути увагу також на більш широке розуміння припинення (зупинення) вчинюваного особою діяння. Таке припинення (зупинення) може пов’язуватись не лише з незакінченістю певного діяння безпосередньо під час його вчинення, а і з свідомим завершенням такого діяння з волі особи, з наміром у майбутньому продовжити його вчинення або використати для вчинення наступного діяння відповідно до умислу особи.

Змістом ст. 13 КК України злочин може бути закінченим та незакінченим. Не є окремою стадією злочину і не тягне відповідальності виникнення наміру щодо вчинення злочину, а також доведення такого наміру до відома інших осіб – так званий голий умисел. Такий підхід випливає із загальновизнаного принципу «думки не караються». Якщо ж вияв наміру супроводжується, наприклад, погрозою або пропозицією іншій особі вчинити злочин, відповідальність не виключається. Однак в цьому разі особа буде нести відповідальність не за вияв наміру вчинити злочин, а за конкретну вчинену нею дію, яка у поєднанні із іншими обставинами відповідає складу злочину певного виду.

Відповідно до ч. 1 ст. 13 КК України закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідно статтею Особливої частини КК України. В наведеному положенні визначальним є словосполучення «усі ознаки». Саме з ним закон пов’язує певний варіант поєднання об’єктивного, суб’єктивного та соціального чинників, який є характерним для цієї стадії вчинення злочину.

Основний кримінально-правовий зміст такого поєднання набирає вигляду родової юридичної конструкції складу закінченого злочину. В загальному плані (в загальній формі) вона включає такі характеристики:

а) фактично вчинене особою діяння у поєднанні з іншими обставинами безпосередньо або опосередковано (в межах інститутів співучасті у злочині або посереднього виконання злочину) відповідає всім об’єктивним ознакам складу злочину, що передбачений відповідною статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК України;

б) умисел особи включає усвідомлення зазначених вище об’єктивних ознак діяння і при цьому, спрямований на вчинення саме такого діяння. Таким чином, за загальним правилом, має місце відповідність (узгодженість) між об’єктивними і суб’єктивними чинниками, що визначають кримінально-правовий зміст діяння;

в) відсутні ознаки малозначності діяння, передбачені ч. 2 ст. 11 КК України, а також обставини, що виключають злочинність діяння (ст. ст. 36, 38-43 КК України);

г) наявні інші ознаки, якщо вони є обов’язковими для складу злочину даного виду чи окремого різновиду такого злочину (мотив, мета, ознаки спеціального суб’єкта тощо).

З урахуванням певних особливостей суб’єкта злочину окремі характеристики родової юридичної конструкції складу закінченого злочину можуть бути конкретизовані. Це, зокрема, стосується випадків вчинення злочину у співучасті із розподілом ролей та посереднього виконання злочину. У першому із цих випадків склад закінченого злочину у діянні організатора, підбурювача або пособника матиме місце лише тоді, коли закінчений злочин винить його виконавець.

У другому випадку склад закінченого злочину в діянні посереднього виконавця буде наявним з моменту, коли всім об’єктивним ознакам складу такого злочину, який він мав намір вчинити, відповідатиме діяння особи, яку посередній виконавець використав як своєрідне знаряддя злочину.

В ч. 2 ст. 13 КК України передбачено, що незакінченим злочином є готування до злочину і замах на злочин. Системне поєднання положень ч. 1 ст. 13, ч. 1 ст. 14, ч. 1 ст. 15 та ч. 1 ст. 17 КК України дає можливість визначити юридичну конструкцію складу незакінченого злочину. В загальній формі вона включає такі характеристики:

а) фактично вчинене особою діяння містить об’єктивні ознаки, передбачені ч. 1 ст. 14 чи ч. 1 ст. 15 КК України;

б) при вчиненні зазначеного в ч. 1 ст. 14 чи ч. 1 ст. 15 КК України діяння умисел особи спрямований на здійснення закінченого злочину певного виду;

в) фактично вчинене особою діяння у поєднанні з іншими обставинами не містить усіх об’єктивних ознак складу того закінченого злочину, на здійснення якого спрямований умисел особи. Таким чином, має місце певна невідповідність (неузгодженість) між об’єктивними та суб’єктивними ознаками, що визначають кримінально-правовий зміст діяння;

г) припинення, зупинення або закінчення особою фактично вчиненої нею дії (бездіяльності) не поєднується із добровільною відмовою від доведення злочину до кінця).

Подальша конкретизація наведених вище характеристик відбувається із урахуванням видової специфіки того закінченого злочину, на вчинення якого був спрямований умисел особи.

Визначення поняття готування до злочину дається в ч. 1 ст. 14 КК України.

Специфіка даного визначення полягає у тому, що в ньому спочатку вказуються конкретні різновиди підготовчих діянь, а потім дається узагальнена кримінально-правова характеристика даної стадії незакінченого злочину («умисне створення умов для вчинення злочину»).

Деякі загальні правила кваліфікації готування до злочину:

1. На рівні ФК готування до злочину завжди передбачає посилання на ч. 1 ст. 14 і на ту статтю (частину, пункт статті) Особливої частини КК, яка передбачає той закінчений злочин, на вчинення якого був спрямований умисел особи (за КК України немає готування взагалі – завжди має бути готування до злочину певного виду (окремого його різновиду).
2. На рівні ЮФЗ звинувачення формулюється шляхом використання терміну «готування», текстуально узгодженого із відповідними формулюваннями статей (статті) Особливої частини КК України, що виражають специфічні ознаки того закінченого злочину, на вчинення якого був спрямований умисел особи. В окремих випадках термін «готування» має також узгоджуватись з положеннями відповідної частини ст. 27 КК України. Наприклад, готування до умисного протиправного заподіяння смерті іншій людині – умисного вбивства, вчиненого способом, небезпечним для життя багатьох осіб, з корисливих мотивів (ч. 1ст. 14, п.п.5,6 ч. 2 ст. 115 КК України); підбурювання до готування до таємного викрадення чужого майна – крадіжки, вчиненої за попередньою змовою групою осіб, поєднаної з проникненням у житло (ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 14, ч. 3 ст. 185 КК України).

На рівні фактичної сторони звинувачення необхідно точно вказати ті фактичні обставини, які утворюють склад готування до злочину. Специфіка кваліфікації незакінченого злочину передбачає також обґрунтування висновку. Обгрунтування кваліфікації як готування до злочину обов’язково має містити позицію правозастосовного органу щодо того, яке саме діяння (кілька діянь) він вважає умисним створенням умов для вчинення злочину і чому їх (його) припинення, зупинення або закінчення не може розглядатися як добровільна відмова від доведення злочину до кінця. Наприклад, виготовлення Івановим ключів від квартири Михайлової, підшуковування співучасників і змова з ними на вчинення крадіжки з проникненням у житло становить умисне створення умов для вчинення такої крадіжки, і лише затримання Іванова за вчинення іншого злочину не дозволило йому довести крадіжку до кінця.

В реальній правозастосовній практиці висновок і обґрунтування має бути відносно самостійним елементом відповідного процесуального документу, який повинен включати:

а) визначення різновиду підготовчого діяння – як такого, яке безпосередньо вказане в ч. 1 ст. 14 КК України, так і такого, що безпосередньо не вказане («а також інше створення умов …» див. текст ч. 1 ст. 14 КК України);

б) включення до такого обґрунтування узагальненої характеристики готування до злочину;

в) окрему вказівку на той факт, який свідчить про відсутність добровільної відмови від доведення злочину до кінця.

Зазначене обґрунтування, як правило, має бути наведе після викладу фактичної сторони звинувачення і до формулювання ФК і ЮФЗ. Наприклад – викладені вище обставини свідчать, що Іванов здійснив виготовлення знаряддя вчинення злочину, підшукував співучасників і здійснював змову із ними на вчинення крадіжки з проникненням у житло, що являє собою умисне створення умов для вчинення такої крадіжки і лише затримання Іванова за вчинення іншого злочину не дозволило йому довести крадіжку до кінця (не треба писати про звільнення з місць позбавлення волі, про те, що на шлях виправлення не став – так пишуть слідчі, але цього не треба робити).

1. Якщо готування до одного злочину у поєднанні із відповідними обставинами утворює юридичний склад іншого закінченого злочину, в окремих випадках юридичний склад замаху на інший злочин – остаточна кваліфікація відбувається за правилами кваліфікації сукупності злочинів. Наприклад, незаконне придбання і носіння вогнепальної зброї для вчинення умисного вбивства кваліфікується за ч. 1 ст. 263; ч. 1 ст. 14, ч. 1 ст. 115 КК України.
2. Домінуючою тенденцією у правозастосовній практиці України є кваліфікація вчиненого як готування до злочину у випадках так званого невдалого підбурювання (невдалої організації) злочину, коли особі не вдалося схилити іншу особу до вчинення злочину або організувати його вчинення. В цьому разі особі інкримінується підготовче діяння у вигляді підшукування співучасників і ФК посилання на ст. 27 КК України взагалі не містить. Ми не вважаємо цю позицію правильною з точки зору повноти відображення у ФК і ЮФЗ – треба вказувати замах на підбурювання чи замах на організацію. Але на практиці так не відбувається.
3. Проблема: врахування готування до злочину при інкримінуванні кваліфікуючої ознаки «повторно», «особою, я ка раніше вчинила …» тощо при вчиненні наступного тотожного чи однорідного злочину. Необхідно згадати хоча б повторність при вбивстві, крадіжці, розбої – тобто специфічні види повторності.

Загальний підхід – готування до злочину утворює повторність злочинів у будь-якому випадку вчинення після нього наступного тотожного чи однорідного злочину. Якщо така повторність передбачена як кваліфікуюча ознака у юридичному складі злочину наступному за розглядуваним, вона має бути інкримінована суб’єкту. Наприклад, готування до крадіжки, потім крадіжка, але із ознакою повторності.

Особливий підхід існував у правозастосовній практиці України щодо кваліфікації кількох умисних вбивств. Відповідно до абз. 2 п. 17 Постанови ВСУ від 01.04.1994 р. вчинення умисного вбивства «особою, яка раніше вчинила умисне вбивство» розглядалося лише тоді, коли попередній злочин був закінченим умисним вбивством або замахом на умисне вбивство. Обгрунтування такого підходу з теоретичної точки зору не може мати місце. Зараз у ППВС України «Про судову практику про злочини проти життя і здоров’я особи» № 2 від 07.02.2003 позиція правозастосовної практики змінена – див. абз. 1 п. 17 Постанови.

**Лекція 5. Кваліфікація злочинів, що вчинюються у сукупності**

**План**

1. **Поняття та форми співучасті у злочині. Вплив окремих форм співучасті на кваліфікацію злочинів (загальні підходи).**
2. **Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються у спів виконавстві.**
3. **Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті із розподілом ролей.**
4. **Окремі правила кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті особливого роду (організованою групою, злочинною організацією), а також в межах окремих проявів співучасті особливого роду.**
5. **Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті із спеціальним суб’єктом злочину.**

**1. Поняття та форми співучасті у злочині. Вплив окремих форм співучасті на кваліфікацію злочинів (загальні підходи)**

За чинним КК України поняття співучасті міститься у диспозиції ст. 26 КК України. Принциповою новелою даного визначення є положення про те, що співучастю у злочині може визнаватися лише умисна спільна участь декількох суб’єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Таким чином, на нормативному рівні проведення відмежування власне співучасті у злочині від окремих проявів групової злочинності, які допускали спільну участь одного суб’єкта злочину і одного або декількох не суб’єктів злочину при вчиненні суб’єктів відповідного злочину.

Окрім того, новим моментом порівняно із ч. 1 ст. 19 КК України 1960 р. є наявність в ст. 26 КК України 2001 р. двох відносно самостійних характеристик: умисна спільна участь у вчиненні умисного злочину (можливо, з точки зору дійсного кримінально-правового змісту вживання двічі терміну «умисно» є зайвим). Другою самостійною характеристикою є вказівка на те, що співучасниками можуть бути лише суб’єкти злочину, що суттєво впливає на кваліфікацію злочинів, вчинених двома і більше особами.

Що стосується форм співучасті у злочині, то на відміну від КК України 1960 р. КК України 2001 р. певною мірою ускладнив питання про форми співучасті у злочині. Це пов’язане із наявністю у КК України ст. 28, в якій виділені найбільш типові форми співучасті у злочині. Водночас, ст. 27 КК України визначає види співучасників, а в окремих статтях Особливої частини КК України передбачені деякі специфічні форми співучасті у злочині, зміст яких не повністю співпадає з так званими загальними формами (наприклад, бандитизм, ст. 257 КК України 2001 р.).

Водночас, КК України 2001 р. певною мірою конкретизував і розширив підстави відповідальності і підстави кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті. Вирішення цих питань на нормативному рівні має певний позитивний момент. Ці питання вирішуються у коментарі до ст.ст. 27-30 КК України.

З урахуванням зазначеного та виходячи із практичної доцільності, особливості кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті буде проводитися за такою схемою:

1. Особливості кваліфікації співвиконавства. При цьому окремо будуть розглянуті такі різновиди співвиконавства як спів виконавство без попереднього порозуміння і співвиконавство із попереднім порозумінням.
2. Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються із розподілом ролей.
3. Особливості кваліфікації окремих форм так званої співучасті особливого роду – перш за все, вчинення злочинів організованою групою та злочинною організацією.

Окреме питання – особливості кваліфікації злочинів із спеціальним суб’єктом, але воно буде «прив’язане» до окремих форм співучасті.

Вплив окремих форм співучасті у злочині на кваліфікацію злочинів може проявлятися у такому (загальні орієнтири):

а) співучасть у злочині знаходить безпосереднє відображення і у формулі кваліфікації, і у юридичному формулюванні обвинувачення (такий варіант впливу характерний для співучасті із розподілом ролей та при вчиненні злочинів злочинною організацією);

б) співучасть у злочині, коли її окрема форма знаходить відображення у юридичному формулюванні обвинувачення, але не обов’язково знаходить своє відображення у формулі кваліфікації – цей варіант характерний ля окремих випадків співвиконавства у злочині і щодо кваліфікації дій окремих співучасників при співучасті із розподілом ролей;

в) співучасть у злочині не знаходить відображення ні у формулі кваліфікації, ні у юридичному формулюванні обвинувачення, оскільки, хоч вона і має місце, відповідні юридичні склади злочинів, що інкримінуються суб’єктам, її не фіксують.

4. Моменти впливу форм співучасті на кваліфікацію злочинів: особлива ситуація виникає тоді, коли більш складна форма співучасті не знаходить свого відображення у кваліфікації злочину, оскільки юридичний склад відповідного злочину передбачає більш просту форму співучасті. У цьому разі більш складна форма співучасті відображається на рівні кваліфікації у вигляді інкримінування відповідної ознаки, що передбачає більш просту форму співучасті (принаймні, на рівні юридичного формулювання обвинувачення), хоча такий підхід і можна розглядати певною мірою як застосування кримінального закону за аналогією. Як приклад, ст. 152 ч. 3 КК України, а саме зґвалтування, вчинене за попередньою змовою групою осіб.

Аналогічне питання виникає і при кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією.

 **2. Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються у співвиконавстві**

Чинний КК України передбачає два різновиди вчинення злочину у спів виконавстві:

а) вчинення злочину у спів виконавстві без попередньої змови (ч. 1 ст. 28 КК України);

б) вчинення злочину у співвиконавстві за попередньою змовою («з попереднім порозумінням») – нормативне визначення наведене у ч. 2 ст. 28 КК України.

При цьому другий вид співвиконавтсва в межах групи розуміється більш широко, аніж перший. Орієнтиром для цього є відповідні роз’яснення у постанові Пленуму Верховного Суду України щодо умисного вбивства, вчиненого за попередньою змовою групою осіб.

 Відповідно до ч. 1 ст. 28 КК України злочин визнається вчиненим у співвиконавстві без попереднього порозуміння «групою осіб», якщо у ньому брали участь декілька (два і більше) виконавців без попередньої змови між собою (можливо, більш коректно було б сказати «співвиконавців»). В цьому випадку кожен із співвиконавців обов’язково має вчинити діяння, що входить до об’єктивної сторони складу вчинюваного ними злочину.

Можливі два варіанти кваліфікації дій співвиконавців у випадку вчинення його групою осіб:

а) якщо факт вчинення злочину «групою осіб», передбачений як кваліфікований вид відповідного злочину (тобто ознака «групою осіб» є кваліфікуючою), зазначена ознака обов’язково має бути інкримінована співвиконавцями злочину, принаймні на рівні юридичного формулювання звинувачення (в окремих випадках зазначена ознака може не знайти відображення у формулі кваліфікації – більш детально така ситуація аналізується у темі «Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм»);

б) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється у співвиконавстві без попереднього порозуміння не передбачає як кваліфікуючу ознаку «групою осіб», то дії співвиконавців мають кваліфікуватися за загальним правилом – безпосередньо за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України, без посилання на ст. 27 КК України, а факт вчинення злочину у співвиконавстві враховується при призначенні покарання як конкретний показник ступеню тяжкості вчиненого злочину.

Співвиконавство з попереднім порозумінням – «за попередньою змовою групою осіб» має місце якщо:

а) у вчиненні злочину беруть участь, принаймні, два співвиконавці;

б) вони, а також інші співучасники (якщо такі є) заздалегідь, до початку виконання дій, що складають об’єктивну сторону юридичного складу злочину, хоча б одним із виконавців, домовились про спільне вчинення злочину – ч. 2 ст. 28 КК України. Таке розуміння поняття «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» не повністю відповідає буквальному змісту тексту ч. 2 ст. 28 КК України, оскільки прямо в ній про співвиконавство не йдеться (там вжите слово «співучасник», а не «співвиконавець»).

Приведемо приклади, коли ця ознака не застосовується:

Є попередня змова, але немає групи. Наприклад, підбурювач підбурив суб’єкта на весілля дочці вкрасти м'ясо на м’ясокомбінаті.

Другий приклад: є виконавці, є група, але немає попередньої змови. Суб’єкт почав крадіжку, в її процесі до нього приєднався ще один суб’єкт. Кожен відповідає за власний злочин – крадіжку.

З урахуванням зазначеного вище змісту поняття «співвиконавство з попереднім порозумінням» можливі три варіанти кваліфікації дій співвиконавців злочину в межах даного різновиду спів виконавство:

а) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється у співвиконавстві з попереднім порозумінням передбачає як кваліфікуючу ознаку – «за попередньою змовою групою осіб», зазначена ознака обов’язково інкримінується всім суб’єктам, принаймні на рівні юридичного формулювання обвинувачення;

б) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється у співвиконавстві з попереднім порозумінням, не передбачає як кваліфікуючу ознаку «за попередньою змовою групою осіб», але передбачає як кваліфікуючу ознаку «групою осіб» (наприклад, ч. 2 ст. 121, ч. 3 ст. 152 КК України), то в цьому разі співвиконавцям інкримінується кваліфікуюча ознака «групою осіб», принаймні на рівні юридичного формулювання обвинувачення, хоча таке інкримінування, певною мірою, є аналогією кримінального закону (коли більш складний різновид спів виконавства «зводиться» до більш простого);

в) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється у співвиконавстві з попереднім порозумінням, взагалі не передбачає цю форму співучасті, кваліфікація дій співвиконавців кваліфікується за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України.

В цьому разі, однак, факт вчинення злочину «за попередньою змовою групою осіб» враховується як обставина, що обтяжує покарання (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК України).

1. **Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті із розподілом ролей**

 Особливості кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті із розподілом ролей.

Співучасть із розподілом ролей (або співучасть у власному розумінні слова) має місце там, де у вчиненні злочину беруть участь крім виконавця (співвиконавців) і інші співучасники, визначені ч.ч. 3-5 ст. 27 КК України (принаймні один із них). В окремих виняткових випадках співучасть із розподілом ролей може бути і тоді, коли відсутній виконавець, а попередня домовленість досягнута, наприклад, між підбурювачем і пособником (наприклад, замовлення умисного вбивства посереднику, який має знайти виконавця).

Зміст окремих видів співучасників злочину розкритий у ч.ч. 2-5 ст. 27 КК України. Слід звернути увагу, що порівняно із КК України 1960 р. в них по-новому сформульований зміст окремих видів співучасників – організатора, виконавця (див. ч.ч. 2,3 ст. 27 КК України 2001 р.). По-новому названо такого співучасника як підбурювач, на відміну від підмовника.

Попереднє виконання не відноситься виключно до співучасті, це самостійний інститут кримінального права, який не вписується в інститут співучасті. Він заслуговує на окрему статтю в межах інституту суб’єкта злочину.

Щодо організатора, а саме проблеми в організації (створенні) організованої групи. Питання полягає у тому, як має бути оцінена така діяльність. Очевидно, як готування до вчинення певного виду. А якщо немає поки що злочину певного виду, а просто організована група, якби наперед, до вчинення будь-яких злочинів. Без конкретного злочину не може бути організації, а в ч. 3 ст. 28 КК України йдеться саме про таку ситуацію. Це слід розглядати як суперечливий момент, протиріччя, некоректний підхід.

З урахуванням кримінально-правового змісту, що визначає ознаки окремого співучасника кваліфікація діянь кожного із таких співучасників при вчиненні злочину у співучасті із розподілом ролей, здійснюється за такими правилами:

1. виконавець (співучасник) злочину, що вчинюється у співучасті з розподілом ролей, виконує об’єктивну сторону юридичного складу злочину, що здійснюється. Відповідно до ч. 1 ст. 29 КК України його діяння кваліфікуються без посилання на ст. 27 КК України, а лише безпосередньо на статтю (пункт, частину статті) Особливої частини КК України. Такий підхід є загальноприйнятим у правозастосовній практиці України. Однак, із теоретичної точки зору він не є однозначним. Існує окрема думка, що можливе посилання на ч. 2 ст. 27 КК України, відобразивши тим самим і факт вчинення злочину у співучасті із розподілом ролей і конкретний вид співучасника – конкретну роль співучасника, що більш повно передає специфіку юридичного складу злочину, який вбачається в діях виконавця злочину. Але ця спірна теорія і правозастосовна практика не йде по такому шляху;
2. в окремих випадках, співучасник злочину, окрім виконання ролі виконавця, може здійснювати і роль іншого співучасника злочину (як правило, підбурювача або організатора). В цьому разі кваліфікація дій такого співучасника відбувається за такими правилами: на рівні формули кваліфікації відображається роль виконавця – посилання на ст. 27 КК України не відбувається, лише виконання злочину фіксується і на рівні юридичного формулювання обвинувачення. Додаткові ж ролі такого співучасника відображаються на рівні фактичної сторони звинувачення і враховуються при призначенні йому покарання в межах застосування правил, встановлених в ч. 2 ст. 68 КК України;
3. дії іншого співучасника злочину (не виконавця), якщо він виконує одночасно декілька ролей кваліфікується із дотриманням таких правил:

а) на рівні формули кваліфікації зазначається та частина ст. 27 КК України, яка передбачає більш небезпечну роль (організатор, підбурювач, пособник);

б) на рівні юридичного формулювання обвинувачення мають бути зазначені всі ролі, які вбачаються в поведінці такого співучасника («підбурювання», «пособництво»).

В правозастосовній практиці України на базі КК України 1960 р. в таких випадках дуже часто посилалися на ст. 19 КК України 1960 р. без посилання на її відповідну частину. Очевидно, така практика була явно некоректною і тому з набранням чинності КК 2001 р., посилання на відповідну частину ст.. 27 КК України є обов’язковим (можливо, не виключене посилання зразу на декілька частин ст. 27 КК України у формулі кваліфікації, хоча цей варіант буде суперечити буквальному розумінню ст. 29 КК України).

В окремих випадках може мати місце поєднання співвиконавства у злочині з вчиненням злочину у співучасті із розподілом ролей, коли злочин вчинили два виконавці і ще один співучасник, який є організатором, підбурювачем чи пособником.

В таких випадках злочин в цілому вважається вчиненим з розподілом ролей, але при кваліфікації дій окремих співучасників мають застосовуватися правила для кожної із форм співучасті. Зокрема, співучаснику злочину, що не є співвиконавцем, має інкримінуватися кваліфікуюча ознака «групою осіб» чи «групою осіб за попередньою змовою» (якщо вона передбачена у відповідному юридичному складі злочину), при цьому його дії мають кваліфікуватися з посиланням на відповідну частину ст. 27 КК України.

1. якщо при вчиненні злочину у співвиконавстві з розподілом ролей, виконавець не довів злочин до кінця, діяння інших співучасників кваліфікується за тією стадією вчинення злочину, на якій він був припинений (на якій були припинені дії виконавця).

Звернути увагу, що зазначене правило не поширюється на ситуації, коли особі не вдалося схилити іншу особу до вчинення злочину. У цьому разі дії особи будуть розглядатися як невдале підбурювання і, відповідно, до ч. 1 ст. 14 КК України розглядаються лише як готування до злочину.

Слід звернути увагу, що відповідно до ч. 2 ст. 29 КК України організатор, підбурювач, пособник підлягають відповідальності за відповідною частиною ст. 27 КК України та відповідною частиною статті Особливої частини КК України, яка передбачає дії, вчинені виконавцем.

Очевидно, що зазначений нормативний припис не може бути загальним імперативним правилом для всіх випадків кваліфікації діянь організатора, підбурювача, пособника.

В окремих випадках, зокрема, якщо відповідна ознака стосується особи співучасника, а також при ексцесі виконавця, а також в інших випадках, кваліфікація діянь окремих співучасників може містити на рівні формули кваліфікації різні частини і статті Особливої частини КК України (фактично, це визнає і сам законодавець в ч.ч.3,5 ст. 29 КК України).

1. **Окремі правила кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті особливого роду (організованою групою, злочинною організацією), а також в межах окремих проявів співучасті особливого роду**
2. Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються організованою групою: деякі попередні зауваження:

а) законодавець визнає вчинення злочину організованою групою як окремий різновид співучасті злочинів в межах співучасті особливого роду (ч. 3 ст. 28 КК України);

б) законодавець встановлює деякі загальні підстави та особливості відповідальності організатора та учасника організованої групи (ч.ч. 1, 2 ст. 30 КК України);

в) законодавець не встановлює відповідальність за створення (організацію) організованої групи та участь у ній на рівні окремого юридичного складу злочину – він не передбачає ці діяння як окремий вид злочину, на відміну від ч. 1 ст. 255 КК України. Таким чином, кваліфікація злочину, що вчиняється організованою групою, в тому числі і на етапі створення такої організованої групи, обов’язково має відбуватися з урахуванням конкретного виду такого злочину. У цьому є певний елемент суперечності позицій законодавця, оскільки організована група як прояв суб’єкта організованої злочинності може включати в свій склад і таких осіб, які про конкретний злочин, який вчинюється (має бути вчинений) організованою групою можуть і не знати. Окрім того, на певному етапі створення організованої групи можливі ситуації, коли вид злочину, який має вчинюватися, ще не визначено.

У зв’язку із наведеним вище положенням можуть виникати проблеми щодо кваліфікації дій окремих учасників (членів) організованої групи.

1. Основні правила кваліфікації злочинів, вчинюваних організованою групою:

а) з урахуванням рівня організованості організованої групи, вона має розглядатися як своєрідний «колектив суб’єктів вчинення злочину». У зв’язку із цим, дії учасників організованої групи, яку б конкретну роль вони не виконували у вчиненні злочину, кваліфікуються без посилання на ст. 27 КК України, а безпосередньо на відповідну статтю Особливої частини КК України. Це виглядає хоча і дещо некоректно, але всі вони визнаються співвиконавцями у вчиненому злочині;

б) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється організованою групою передбачає цю обставину як кваліфікуючу – зазначена ознака має обов’язково бути інкримінована учасникам організованої групи (наприклад, ч. 5 ст. 185, ч. 4 ст. 187 КК України);

в) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється організованою групою не передбачає цю обставину як кваліфікуючу ознаку, але передбачає як кваліфікуючі ознаки «групою осіб» і «за попередньою змовою групою осіб», при кваліфікації дій учасників організованої групи їм має бути інкримінована одна з цих ознак. Факт же вчинення злочину саме організованою групою має (може) бути врахований при призначенні покарання;

г) якщо юридичний склад злочину, що вчинюється організованою групою, не передбачає як кваліфікуючу ознаку ні факт його вчинення організованою групою, ні «групу осіб», ні «попередню змову групи осіб» - кваліфікація такого злочину відбувається як кваліфікація дій співвиконавців, а факт організованої групи враховується при призначенні покарання;

д) якщо організована група вчинила декілька злочинів, частина із яких була вчинена без участі організатора, але в принципі вчинення цих злочинів охоплювалося його умислом, організатору мають бути інкриміновані і такі злочини (ч. 1 ст. 30 КК України).

**Особливості злочинів, вчинених злочинною організацією**

Загальний зміст цього різновиду співучасті особливого роду викладений у ч. 4 ст. 28 КК України.

Відображення вчинення злочинів злочинною організацією здійснено в Особливій частині КК України – ст. 255 України.

**Окремі правила кваліфікації злочинів, вчинених злочинною організацією:**

1. на відміну від організованої групи сам факт створення злочинної організації утворює злочин певного виду, в даному випадку, окремий різновид такого злочину (ч. 1 ст. 255 КК України). Тому створення злочинної організації має інкримінуватися особі на рівні юридичного складу злочину окремо, незалежно від того, чи вчинялись злочинною організацією ті злочини, заради вчинення яких вона була створена;
2. якщо учасники (члени) злочинної організації вчинили конкретні тяжкі чи особливо тяжкі злочини (принаймні один із них), їм в межах кваліфікації за ч. 1 ст. 255 України має також інкримінуватися на рівні юридичного формулювання обвинувачення «участь у злочинах, вчинюваних злочинною організацією», оскільки учасники (члени) злочинної організації відповідно до ч. 4 ст. 28 КК України входять в стійке ієрархічне об’єднання, їм також має бути інкримінована участь у злочинній організації.

 При цьому необхідно звернути увагу, що очевидно, не виключений варіант кваліфікації дій особи, яка не є учасником (членом) злочинної організації за ч. 1 ст. 255 КК України з інкримінуванням у юридичному формулюванні звинувачення участі у злочинах, вчинюваних злочинною організацією. Якщо зазначена особа усвідомлювала факт такого вчинення злочину окремими членами злочинної організації і брала участь у вчиненні такого злочину безпосередньо має місце певне аналогія із третьою формою бандитизму (ст. 257 КК України).

1. якщо вчинений учасником (членом) злочинної організації конкретний злочин є менш тяжкий, ніж злочин, передбачений ч. 1 ст. 255 КК України (орієнтирами є мінімальні і максимальні межі санкцій) такий конкретний злочин не дістає окремої кваліфікації («поглинається» юридичним складом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 255 КК України – так званої конкуренції частини і цілого);
2. якщо вчинений членом злочинної організації конкретний злочин є однаковим за ступенем тяжкості зі злочином, юридичний склад якого передбачений у диспозиції ч. 1 ст. 255 КК України, або більш тяжким, вчинене підлягає кваліфікації за сукупністю злочинів: ч. 1 ст. 255 КК України та за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за конкретний злочин (наприклад, кваліфікуємо за сукупністю умисні вбивства, кваліфіковані види зґвалтування та інші злочини, які відповідно до кримінального закону караються позбавленням волі на строк 12 років або більше);
3. проблемне питання: чи знаходить відображення при кваліфікації конкретного злочину факт його вчинення злочинною організацією? Можливі, очевидно два варіанти вирішення цього питання:

а) традиційний варіант, коли при кваліфікації конкретного злочину члену злочинної організації інкримінується кваліфікуюча ознака «організованою групою», «за попередньою змовою групою осіб», «групою осіб», якщо така ознака передбачена у відповідному юридичному складі злочину;

б) формальний підхід, який базується на ч. 4 ст. 3 КК України – оскільки прямо на рівні Особливої частини КК України вчинення злочину злочинною організацією взагалі не передбачене, цей факт не повинен знаходити відображення при кваліфікації конкретних злочинів, що чинені учасниками злочинної організації, а його кваліфікація має відбуватися з урахуванням інших кваліфікуючих ознак, а потім вирішуватись питання – чи поглинається цей злочин кваліфікацією за ч. 1 ст. 255 КК України, чи має отримувати самостійну кваліфікацію.

Очевидно, правозастосовна практика України обере варіант, описаний у п.а.

Приклад: злочинна організація вчинила п’ять розбоїв (вимагань з погрозою застосування насильства). Люди знали, що погроза не порожня.

Парадокс – ст.. 189 КК України може інкримінуватися максимум на рівні кваліфікуючої ознаки самого вимагання за ч. 2 ст. 189 КК України (погроза вбивством, нанесення тяжких тілесних ушкоджень, завдання значної майнової шкоди), але вимагання вчинене злочинною організацією. Якби це була організована група, то вимагання кваліфікувалося б однозначно за ч. 4 ст. 189 КК України. У вимаганні ознаки «злочинна організація» немає.

Виникає питання щодо кваліфікації. У нас є лише ч. 1 ст. 255 КК України. Яким же чином відобразити, що вимагання вчинене злочинною організацією?

1 варіант – сукупність ч. 1 ст. 255 і ст. 189 КК України (відповідна частина, без інкримінування кваліфікуючої ознаки «організована група»);

2 варіант – ч. 4 ст. 189 та ч. 1 ст. 255 КК України.

Питання практично на рівні КК не вирішується.

В даному випадку проблема полягає у посиланні чи не посиланні на кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) ознаки – «група осіб», «попередня змова групи осіб», «організована група». Чи можливо інкримінувати ці ознаки, якщо вже є ч. 1 ст. 255 КК України?

У санкції ч. 4 ст. 189 КК України максимальна санкція 12 років позбавлення волі і автоматично утворюється сукупність із ч. 1 ст. 255 КК України. Ми два рази враховуємо сукупність. Саме в цьому полягає парадокс кваліфікації. Це впливає на покарання, яке може досягати при такій сукупності 15 років позбавлення волі.

Якщо кваліфікувати лише за ч. 1 ст. 255 КК України, то максимальний термін позбавлення волі не може перевищувати 12 років.

Якщо кваліфікуємо за сукупністю, то діє правило, прописане в ст.. 70 Загальної частини КК України про факультативне підвищення покарання.

Приклад.

Існує варіант можливості інкримінування менш суспільно небезпечної форми співучасті, наприклад, організованої групи, при реальній наявності злочинної організації. Наприклад, члени злочинної організації вчинили зґвалтування. Очевидно, справедливим буде інкримінування ознаки «група осіб».

Сьогодні такі підходи до кваліфікації є суперечливими і бажано вирішити їх на рівні закону.

Окрім ст.. 255 КК України окремі прояви співучасті особливого роду передбачені, також, іншими статтями Особливої частини КК України – у вигляді юридичних складів злочинів певного виду чи окремих різновидів таких злочинів (наприклад, ст. 257, ч. 4 ст. 458, ст.. 260 КК України). Кваліфікація злочинів, які мають вигляд окремих проявів організованої злочинності, в принципі, здійснюється за тими ж правилами, що і кваліфікація злочинів, які вчиняються злочинною організацією. Є, однак, і певні особливості, які полягають у такому:

1. кваліфікація за ст.. 257 КК України включає одночасну кваліфікацію діянь суб’єкта за ч. 1 ст. 255 КК України. В цьому разі банда виступає особливим різновидом організованої групи чи злочинної організації;
2. якщо терористичний акт вчинений терористичною групою чи терористичною організацією, то остаточна кваліфікація дій учасників такої організації утворює сукупність злочинів: ч. 4 ст. 258 та ч. 1 (2,3) ст. 258 КК України (саме такий підхід випливає із конструкції ст. 258 КК України);
3. очевидно, підхід, запропонований у попередньому пункті має бути поширений і на ст. 260 КК України.
4. **Особливості кваліфікації злочинів, що вчинюються у співучасті із спеціальним суб’єктом злочину**

При кваліфікації злочинів, юридичні склади яких передбачають спеціального суб’єкта, мають бути вирішені такі питання:

а) щодо видової специфіки злочину, що вчиняється у співучасті із спеціальним суб’єктом, чи завжди ознака спеціального суб’єкта визначає вид злочину, який інкримінується іншим співучасникам;

б) щодо форми співучасті – чи всі форми співучасті можуть мати місце при вчиненні злочину у співучасті із спеціальним суб’єктом;

в) чи може бути поширена ознака спеціального суб’єкта на іншого співучасника, якщо вона передбачена в юридичному складі злочину як кваліфікуюча.

В межах відповіді на ці питання кримінальним законодавством, правозастосовчою практикою та теорією кримінального права вироблені певні правила кваліфікації, частика яких є очевидними і дістала закріплення на рівні окремих положень КК України 2001 р., а частина містить елементи проблемності і тому формулюються стосовно конкретних ситуацій в правозастосовчій практиці і в межах теорії кримінального права.

**Основні правила кваліфікації злочинів, що вчиняються у співучасті злочинів із спеціальним суб’єктом:**

1. Відповідно до ч. 3 ст. 29 КК України ознаки, що характеризують особу конкретного співвиконавця злочину ставляться в вину лише цьому співучаснику. Це означає, що такі кваліфікуючі ознаки як повторність, попередня судимість не можуть інкримінуватися тим його співучасникам, які цих ознак не мають.
2. Якщо юридичний склад злочину (в даному випадку – основний) передбачає ознаку спеціального суб’єкта злочину як обов’язкову, співучасть у такому злочині, в принципі, можлива із боку осіб, які не мають ознаки спеціального суб’єкта. В цьому разі їм інкримінується той юридичний склад злочину, який передбачає ознаку спеціального суб’єкта, як правило, в межах такої форми співучасті як співучасть із розподілом ролей (наприклад, співучасть неслужбової особи у злочинах у сфері службової діяльності, наприклад, підбурювач до перевищення влади, пособник у отриманні неправомірної вигоди).
3. В окремих випадках можлива співучасть у злочинах, юридичні склади яких передбачають спеціального суб’єкта і у формі співвиконавства. Якщо відповідний юридичний склад злочину передбачає спеціального суб’єкта як альтернативну кваліфікуючу ознаку, то кваліфікація злочину, що вчинюється «не спеціальним суб’єктом» здійснюється за загальним правилом, описаним у пунктах 1 і 2. Наприклад, якщо умисне вбивство вчинюється за попередньою змовою групою осіб і лише одна із цих осіб раніше судима за умисне вбивство, іншим особам п. 13 ч. 2 ст. 115 КК України не інкримінується.

Більш складне питання про можливість співвиконавства у злочині, юридичний склад якого (основний) – передбачає спеціального суб’єкта злочину як обов’язковий елемент. Тут, очевидно, можуть мати місце дві окремі ситуації:

а) співвиконавство у такому злочині в принципі не виключається, якщо хоча б частину дій, що утворюють об’єктивну сторону відповідного юридичного складу злочину може виконати і «не спеціальний» суб’єкт злочину. Традиційно в межах теорії кримінального права та правозастосовної практики, спів виконавство у злочинах із спеціальним суб’єктом допускається при вчиненні таких злочинів як привласнення чужого майна, яке ввірене винному, зґвалтування та деякі інші подібні дії.

Це зумовлене тим, що в межах вчинення такого злочину «не спеціальний» суб’єкт злочину може виконати частину дій, що утворюють об’єктивну сторону юридичного складу злочину – безпосередньо вилучити майно разом із спеціальним суб’єктом, застосувати насильство при зґвалтуванні. В такому разі вчинене «не спеціальним» суб’єктом злочину кваліфікується безпосередньо за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України без посилання на ст. 27 КК України, хоча винна особа і не є спеціальним суб’єктом злочину;

б) взаємозв’язок ознак спеціального суб’єкта злочину з характером і змістом діяння, що входить до об’єктивної сторони його складу, виключає можливість вчинення хоча б частини діяння «не спеціальним» суб’єктом злочину.

Зокрема, такі злочини як зловживання владою і службовим становищем, державна зрада тощо не можуть бути вчинені особою, яка не має спеціальних ознак, оскільки існує нерозривний зв'язок між ознаками спеціального суб’єкта і змістом вчинюваного діяння.

При вчиненні таких злочинів, яку б конкретну участь не брав у ньому «не спеціальний» суб’єкт злочину, його дії не можуть кваліфікуватися безпосередньо за Особливою частиною КК України і передбачають у формулі кваліфікації посилання на ст. 27 КК України.

1. Проблемні питання щодо кваліфікації злочинів у співучасті із спеціальним суб’єктом, якщо вчинені організованою групою чи злочинною організацією. В практиці це питання виникає в межах кваліфікації одержання неправомірної вигоди, вчиненої групою осіб, якщо у неї входили і не службові особи.

З однієї сторони, не службова особа, не будучи спеціальним суб’єктом злочину, не могла вчинити діяння, що входить до об’єктивної сторони його юридичного складу.

З іншої сторони, за правилами кваліфікації злочинів, що вчинюються організованою групою, дії всіх учасників такого угрупування, незалежно від їхньої ролі, мають бути кваліфіковані без посилання на ст.. 27 КК України. В цьому разі, очевидно, пріоритет повинен мати підхід щодо кваліфікації злочинів, вчинених організованою групою, хоча в правозастосовній практиці України за КК України 1960 р. не службовим особам інкримінувалася ст. 19 КК України 1960 р.

Аналогічно вирішується питання і щодо кваліфікації злочинів із спеціальним суб’єктом, якщо вони вчинені злочинною організацією.

**Лекція 6. Кваліфікація посереднього виконання злочину, причетності до злочину, групового вчинення злочину за відсутності ознак співучасті у злочині**

**План**

1. **Поняття посереднього виконання та основні правила його кваліфікації.**
2. **Поняття причетності до злочину. Основні правила кваліфікації окремих форм причетності до злочину.**
3. **Групове вчинення злочину за відсутності ознак співучасті у злочині.**
4. **Поняття посереднього виконання та основні правила його кваліфікації**

Як окремий інститут Загальної частини кримінального права посереднє виконання не знайшло відображення в КК України 2001 р.

На відміну від КК України 1960 р. окремі прояви цього інституту містяться в ч. 2 ст. 28 КК України, ч. 5 ст. 4 та п. 9 ч. 1 ст. 64 КК України. В останньому випадку посереднє виконання представлене у «чистому вигляді».

Традиційно посереднє виконання визначається як використання для вчинення злочину осіб, які відповідно до кримінального закону не підлягають кримінальній відповідальності за вчинені ними діяння (таке формулювання міститься в ч. 2 ст. 27 КК України). При цьому, підставами, в силу яких вказані особи не підлягають кримінальній відповідальності є неосудність і недосягнення віку, з якого особа може підлягати кримінальній відповідальності.

Більш широко поняття попереднього виконання розглядається в теорії кримінального права.

Крім вказаних, до осіб, які можуть залучатися до вчинення злочинів як посередні виконавці, слід віднести:

1. осіб, які діють невинувато;
2. осіб, які вчинили злочин з необережності;
3. осіб, які вчинили умисні злочини, не усвідомлюючи при цьому, що їх використовує інша особа (так званий односторонній зв'язок, який може бути чи не може бути при співучасті у злочині).

Слід звернути увагу на те, що більш широко ця проблема розкривається у ч. 5 ст. 41 КК України.

Спірним є питання про зміст використання інших осіб для виконання об’єктивної сторони юридичного складу злочину.

Таке використання може бути двох видів:

а) коли відповідна особа повністю виконує діяння, що входить до об’єктивної сторони юридичного складу злочину, а безпосередній виконавець у вчиненні злочину участі не бере (сам не виконує жодного елементу об’єктивної сторони);

б) відповідна особа вчиняє певне діяння, що входить до об’єктивної сторони юридичного складу злочину, але при цьому і суб’єкт, який її використовує теж вчинює хоча б частину дій, що складають об’єктивну сторону юридичного складу злочину. В цьому разі суб’єкт, крім використання відповідних осіб, сам бере участь у вчиненні відповідного злочину.

Очевидно, посереднє виконання у власному (прямому) розумінні передбачає лише перший а) варіант.

Другий варіант б) є прикладом групового вчинення злочину без ознак співучасті у злочині.

**Основні правила кваліфікації злочину (злочинів), що вчиняються посереднім виконавцем:**

1. Діяння посереднього виконавця кваліфікується безпосередньо за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК України без посилання на ст. 27 КК України, оскільки співучасть у злочині в даному випадку відсутня.
2. Якщо посередній виконавець має відповідні ознаки, що характеризують його особу і виступають у юридичному складі злочину як кваліфікуючі ознаки (попередня судимість, повторність), вони інкримінуються посередньому виконавцю за загальними правилами;
3. Якщо посередній виконавець використовує для вчинення злочину іншу особу, юридичний склад цього злочину передбачає спеціального суб’єкта, а посередній виконавець ним не є, його дії кваліфікуються за відповідною статтею, що у диспозиції містить юридичний склад злочину, що передбачає спеціального суб’єкта як обов’язкову ознаку. В цьому разі, відповідна ознака спеціального суб’єкта, що є у особи, яку використав безпосередній виконавець для вчинення злочину, фактично інкримінується і самому посередньому виконавцю (наприклад, особа жіночої статі може бути посереднім виконавцем зґвалтування іншої жінки).
4. Проблемна ситуація виникає у випадку, якщо особа – посередній виконавець використовує для вчинення злочину двох або більше осіб, які діють узгоджено між собою та з посереднім виконавцем (наприклад, посередній виконавець використовує двох 13-літніх підлітків для вчинення квартирної крадіжки).

Правозастосовна практика, заснована на КК України 1960 р. в цьому разі допускала інкримінування посередньому виконавцю кваліфікуючу ознаку «група осіб» або «за попередньою змовою групою осіб».

Виходячи із буквального розуміння ст. 26 та ч. 1, 2 ст. 28 КК України 2001 р. з набуттям чинності цим Кодексом інкримінувати такі кваліфікуючі ознаки посередньому виконавцю правових підстав немає. Цей висновок зумовлений тим, що зміст ознак «групою осіб» та «за попередньою змовою групою осіб» охоплює лише ситуації, які передбачають вчинення злочину у співучасті, а при посередньому виконанні злочину – за наявності одного посереднього виконавця, співучасть у злочині відсутня.

Можливо, правозастосовна практика України у цьому разі піде на застосування розширеного тлумачення змісту ознак «групою осіб» та «за попередньою змовою групою осіб». Однак, у будь-якому разі більш коректним було б нормативне вирішення цього питання, а саме передбачення у КК України зазначеної кримінально-правової ситуації поряд із положеннями ст. 26, ч. 1, 2 ст. 28 КК України, а не підведення цих ситуацій під положення вказаних кримінально-правових норм.

**2. Поняття причетності до злочину. Основні правила кваліфікації окремих форм причетності до злочину**

Причетність до злочину розглядається як окремий інститут загальної частини кримінального права, суміжний із інститутом співучасті у злочині.

Його специфіка проявляється у тому, що:

а) одна особа має певне відношення (зв'язок) до злочину, що вчинюється іншою особою;

б) це відношення не включає тих ознак, які характерні для співучасті у злочині.

Саме ця специфіка і утворює особливий кримінально-правовий зміст причетності до злочину (хоча у КК України 2001 р. відповідні положення, які розкривають цей зміст, передбачені у Розділі VI Загальної частини КК України «Співучасть у злочині»).

Причетність до злочину передбачена у КК України не безпосередньо, а у більш конкретних своїх проявах. З урахуванням їхньої специфіки в теорії кримінального права виділяють окремі форми причетності:

а) приховування злочину;

б) неповідомлення (недонесення) про злочин;

в) потурання (попустительство) злочину.

Особливістю КК України є значне звуження меж кримінальної відповідальності за причетність до злочину. Фактично, кримінально-караним у власному розумінні слова є приховування злочину. Інші форми – неповідомлення та потурання - тягнуть кримінальну відповідальність не безпосередньо як форми причетності до злочину, а як окремі прояви злочинів інших видів. Переважно, це злочини, що вчиняються службовими особами.

**Основні правила кваліфікації окремих форм причетності до злочину:**

***Правила кваліфікації приховування злочинів:***

1. За загальним правилом приховування злочинів кваліфікується за ст. 396 КК України. Слід звернути увагу, що юридичний склад злочину, передбаченого у диспозиції ст. 396 КК України містять вказівку на караність приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину (див. ст. 12 КК України).

Обов’язковою ознакою юридичного складу злочину, передбаченого у диспозиції ст. 396 КК України є заздалегідь необіцяне приховування …, оскільки заздалегідь обіцяне приховування є проявом співучасті у злочині, очевидно у виді пособництва;

1. Якщо приховування злочину супроводжується заздалегідь не обіцяним придбанням або збутом майна, завідомо здобутого злочинним шляхом (в диспозиції ст. 198 КК України міститься вказівка і на зберігання такого майна), правозастосовна практика України розглядає вчинене особою як сукупність злочинів і кваліфікує ці діяння за ч. 1 ст. 396 та ст. 198 КК України;
2. Якщо приховування злочину вчинює службова особа з використанням свого службового становища, вчинене такою особою підлягає кваліфікації за ст. 364 КК України, а саме відповідною її частиною залежно від характеру дій і розміру заподіяної шкоди. При цьому, сам факт заздалегідь не обіцяного приховування злочину, вчиненого службовою особою, ч. 1 ст. 364 КК України не охоплюється і вчинене підлягає кваліфікації за сукупністю злочинів (ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 396 КК України). З точки зору теорії кваліфікації злочинів, якщо приховування злочину, вчинене службовою особою за наявності кваліфікуючих ознак, передбачених ч.ч. 2, 3 ст. 364 КК України, воно має кваліфікуватися лише за однією із цих частин ст. 364 КК України. Не виключено, однак, що в правозастосовній практиці України залишиться «старий підхід» і вчинене буде кваліфікуватися за сукупністю злочинів: ч. 2(3) ст. 364 і ч. 1 ст. 396 КК України. Саме на цей підхід слід орієнтуватися при вирішенні практичних ситуацій;
3. У правозастосовній практиці України на базі КК України 1960 р. умисне вбивство потерпілого, вчинене з метою приховати інший злочин, кваліфікувалося лише за п. ж ст. 93 КК України 1960 р., без інкримінування відповідної частини ст. 186 КК України 1960 р. (в силу прямої вказівки пленуму Верховного Суду України – абз. 2 п. 15 Постанови від 01.04.1994 р. № 1). З точки зору теорії кваліфікації злочинів такий підхід об’єктивних підстав не мав, оскільки, якщо приховування злочину здійснюється у формі діяння, яке саме по собі є злочинним ( підробка документів, умисне знищення чи пошкодження майна, наприклад), вчинене підлягає кваліфікації за правилами сукупності злочинів. Тому з набуттям чинності КК України 2001 р. підхід до такої ситуації змінений і умисне вбивство з метою приховати інший злочин (тяжкий чи особливо тяжкий) має кваліфікуватися за сукупністю: п. 9 ч. 2 ст. 115 та ч. 1 ст. 396 КК України.

Три випадки, коли причетність до злочину кваліфікується за іншою статтею, окрім приховування (ст. 396 КК України):

1. Коли приховування вчинюється службовою особою – кваліфікація за сукупністю;
2. Коли приховування вчинюється у формі вчинення іншого злочину – кваліфікується за сукупністю;
3. Коли приховування злочину взагалі не кваліфікується за ст. 396 КК України:

а) коли злочин, який приховується, не тяжкий і не особливо тяжкий;

б) коли прихований злочин являє собою інший злочин, а той, що приховується, не тяжкий і не особливо тяжкий (наприклад, умисне вбивство з метою приховати інший злочин, а цей злочин не тяжкий і не особливо тяжкий) – кваліфікуємо лише вбивство;

в) якщо приховується відповідний злочин і це приховування містить юридичний склад іншого злочину – кваліфікація за сукупністю (але якщо цей злочин не тяжкий чи особливо тяжкий).

**Правила кваліфікації неповідомлення про злочин:**

1. Відповідно до ч. 7 ст. 27 КК України (не є співучастю обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий вчинюваний або підготовлений злочин). Тим більше, не є співучастю заздалегідь не обіцяне неповідомлення про такий злочин. Обидві кримінально-правові ситуації охоплюються одним поняттям – неповідомлення про злочин, яке як форма причетності до злочину на рівні окремого юридичного складу злочину в КК України не передбачена. Отже, відповідні діяння особи за наявності таких обставин не тягнуть кримінальну відповідальність.
2. За заздалегідь обіцяне чи заздалегідь не обіцяне неповідомлення про злочин особа може нести кримінальну відповідальність лише тоді, коли вчинене нею діяння містить юридичний склад іншого злочину. В правозастосовній практиці України такими злочинами найчастіше є зловживання владою або службовим становищем (в окремих випадках – службове підроблення). Тому, якщо неповідомлення про злочин вчинене службовою особою, за наявності відповідних ознак, таке діяння слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 364 КК України, а в окремих випадках – за ст. 366 КК України.

Потурання злочину як окремий вид злочину в КК України не передбачається. Фактично, воно розглядається як окрема форма причетності до злочину лише в теорії кримінального права.

1. **Групове вчинення злочину за відсутності ознак співучасті у злочині**

Групове вчинення злочину являє собою окремий різновид безпосереднього вчинення злочину кількома особами, лише одна із яких є суб’єктом злочину.

З урахуванням положень ст. 26 КК України, таке групове вчинення злочину не може розглядатися як співучасть у ньому, оскільки співучасті у злочині необхідна спільна умисна діяльність як мінімум двох суб’єктів злочину.

Групове вчинення злочину за відсутності ознак співучасті у злочині відрізняється від посереднього виконання злочину. Остання у її вузькому розумінні, не передбачає безпосередньої участі його суб’єкта у вчиненні злочину.

Таким чином, специфічними ознаками групового вчинення злочину є:

а) наявність лише одного суб’єкта у групі;

б) безпосередня участь цього суб’єкта у вчиненні злочину – повне чи часткове виконання ним дій, що складають об’єктивну сторону складу злочину (можливий і розподіл функцій в межах групи – за аналогією «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб»).

**Основні правила кваліфікації злочину, що вчинюється групою осіб за відсутності ознак співучасті:**

1. Дії суб’єкта злочину кваліфікуються безпосередньо за статтею (частиною статті) Особливої частини КК України без посилання на ст. 27, 28 КК України.
2. При кваліфікації дій суб’єкта йому не інкримінуються ознаки «групою осіб», «за попередньою змовою групою осіб».
3. Отже, факт групового вчинення злочину фактично не може бути врахований при його кваліфікації ні у формулі кваліфікації, ні у юридичному формулюванні обвинувачення, за винятком випадків, коли групове вчинення злочину прямо передбачене як обов’язкова ознака його складу (об’єктивної сторони) і не вимагає обов’язкової співучасті у злочині (наприклад, ст. 293, 294 КК України). Факт групового вчинення злочину за відсутності ознак співучасті у злочині може бути врахований лише як обставина, що обтяжує покарання (п. 9 ст. 67 КК України) при призначенні суб’єкту злочину конкретного покарання.