**Поняття та наукові основи кваліфікації злочинів у сфері службової**

**діяльності та професійної діяльності, пов’язаної із наданням публічних послуг**.

1. Поняття кримінально-правової кваліфікації, її зміст та види.

2. Формула кримінально-правової кваліфікації: поняття та вимоги до написання.

3. Підстави та принципи кваліфікації злочинів.

4. Конкуренція кримінально-правових норм.

5. Помилки, які допускаються в судовій практиці при кваліфікації злочинів.

Змінення кваліфікації (поняття та підстави).

6. Поняття «службова особа», «посадова особа», «державний службовець»,

«інтереси служби», «службова особа юридичної особи приватного права».

**1. Поняття кримінально-правової кваліфікації, її зміст та види.**

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

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

1) оцінці підлягають не будь-яка поведінка особи, а та, яка хоча чимось нагадує

злочин - діяння, передбачене КК;

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

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

- оцінку скоєного з точки зору держави, не лише юридичну, але й суспільно-

політичну оцінку посягання як злочину, а не іншого правопорушення

- логічну діяльність по встановленню відповідності (тотожності) між

фактичними і юридичними ознаками посягання, сукупність процесів, які

здійснюються відповідно до законів формальної логіки;

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

психології.

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

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

1) кваліфікація - це частина процесу застосування кримінального закону.

А, отже:

- це офіційна діяльність, яка здійснюється уповноваженими на те органами

держави - дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду;

- вона проводиться у відповідній процесуальній формі, її результати

закріплюються в актах вказаних вище органів (постановах, обвинувальному

висновку, вироку);

- має обов’язкове значення, тягне за собою правові наслідки як для осіб, дії яких

кваліфікуються, так і для самих державних органів.

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

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

- заподіяння або загроза заподіяння істотної шкоди;

- кримінальна протиправність вчиненого діяння.

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

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

3) зміст кримінально-правової кваліфікації полягає у визначенні

кримінально-правової норми, яка передбачає скоєне діяння. В свою чергу це передбачає:

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

правове значення;

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

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

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

Поняття кримінально-правової кваліфікації у літературі використовується, причому останнім часом все інтенсивніше, але спеціально не визначається. Як правило, кримінально-правову кваліфікацію ототожнюють з кваліфікацією злочину.

Вказаний підхід видається неправильним, оскільки кримінально-правова кваліфікація куди ширша за об’ємом, включає у себе і цілий ряд інших видів кваліфікації. З попереднього викладу випливає, що кваліфікація злочину є частковим випадком кримінально-правової кваліфікації, ці поняття співвідносяться як вид та рід. У свою чергу, кримінально-правова кваліфікація є одним із видів юридичної кваліфікації.

Тому для визначення поняття кримінально-правової кваліфікації слід спочатку зупинитися на тому, що розуміється під правовою кваліфікацією. У літературі з питань загальної теорії права це поняття не викликає особливих дискусій.

Загальновизнаним є розуміння правової кваліфікації як вибору юридичної норми,

якою передбачені встановлені фактичні обставини, як юридичної оцінки усієї сукупності фактичних обставин справи шляхом віднесення даного випадку (головного факту) до певних юридичних норм.

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

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

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

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

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

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

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

За стадією, якої досягло посягання:

- кваліфікація закінченого злочину;

- кваліфікація готування до злочину;

- кваліфікація замаху на злочин.

В залежності від того, вчинений злочин «одноосібно» чи у співучасті:

- кваліфікація злочину, вчиненого однією особою;

- кваліфікація злочину, вчиненого у співучасті.

Виходячи з кількості злочинів, які піддані кваліфікації:

- кваліфікація одиничного злочину;

- кваліфікація множинності злочинів.

Названі види кваліфікації злочинів, в свою чергу, можна об’єднати в групи чи, навпаки, поділити на підвиди. Наприклад, кваліфікація готування до злочину та кваліфікація замаху на злочин охоплюються поняттям «кваліфікація попередньої злочинної діяльності», кваліфікація множинності злочинів включає в себе поняття «кваліфікація повторності злочинів», «кваліфікація сукупності злочинів», «кваліфікація рецидиву злочинів». Кількість ступенів поділу, дрібність у виділенні видів кваліфікації злочинів визначається врешті-решт метою дослідження.

Видається, що в плані постановки питання про співвідношення родового поняття кримінально-правової кваліфікації і відповідних видових понять достатнім є виділення видів кваліфікації злочинів, вказаних вище.

З аналогічних засад слід виходити і при виділенні видів кваліфікації незлочинів.

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

- кваліфікація суспільно небезпечних діянь неосудних;

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

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

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

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

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

- ретроактивна кваліфікація (оцінка вже вчиненого діяння).

Можливе виділення окремих видів кримінально-правової кваліфікації також з врахуванням положень, які базуються на процесуальних нормах. Так, з врахуванням

того, чи встановлена особа, діяння якої піддаються оцінці (тобто, здійснюється

оцінка певного діяння чи поведінки конкретної особи) існує:

- кваліфікація «за фактом»;

- кваліфікація діяння особи.

З врахуванням того, які учасники процесу кваліфікують скоєне виділяється:

- кваліфікація, яка здійснюється органами досудового слідства;

- судова кваліфікація.

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

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

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

- кваліфікація при порушенні кримінальної справи;

- кваліфікація при закінченні досудового слідства;

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

Залежно від процесуального порядку внесення змін в проведену кваліфікацію буває:

- кваліфікація попередня;

- кваліфікація остаточна.

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

- кваліфікацію, яка змінює становище особи в сторону погіршення;

- кваліфікацію, яка змінюється в сторону покращання становища особа.

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

2. Формула кримінально-правової кваліфікації: поняття та вимоги до написання.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Підстави та принципи кваліфікації злочинів.

Слово «підстава» має багатий семантичний зміст. Воно, зокрема, означає вихідні, головні положення. Діяти на підставі чого-небудь означає опиратися на щось, мати щось за основу, відштовхуватися від чогось, мати щось в якості оправдання, достатнього приводу для діяльності. Тому можна сказати, що підстави кримінально-правової кваліфікації - це правові явища, виходячи з яких здійснюється кримінально-правова оцінка діяння, те, що лежить в її основі.

Кваліфікацію діяння можна здійснювати лише маючи для цього відповідні підстави.

Причому вони мають бути наявними вже на момент початку діяльності по кримінально-правовій оцінці вчиненого діяння і в її ході залишатися незмінними.

В кримінально-правовій літературі поряд з поняттям підстав кваліфікації використовується і поняття її передумов. Передумови кваліфікації - це те, що передує кваліфікації, це діяльність, яка власне приводить до виникнення її підстав.

Тому підстави кваліфікації слід відрізняти від її передумов. Передумовами кваліфікації є:

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

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

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

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

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

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

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

Операції ж з підставами кваліфікації здіійснюються лише в ході мислительних процесів;

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

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

Таким чином фактичною підставою кваліфікації виступає не саме вчинене діяння, а інформація про нього, яка стала відома відповідним органам і здобута ними в законному порядку.

Питання ж про те, що слід розуміти під юридичною (нормативною) підставою кримінально-правової кваліфікації не знайшло однозначного вирішення в літературі. Одні автори називають такою підставою склад злочину, інші вважають нею норми кримінального закону. При цьому часто має місце фактичне ототожнення понять складу злочину і норми закону як підстав кваліфікації.

Слушними видаються міркування авторів, які вважають, що склад злочину не може визнаватися підставою кримінально-правової кваліфікації, Адже склад злочину, як відзначав В. П. Малахов, не більше, як теоретична конструкція, наукова абстракція, якої не знає кримінальний закон і яку майже кожний автор розуміє і тлумачить по-своєму. Вчення про склад злочину з’явилося в кримінально-правовій науці порівняно недавно - приблизно двісті років тому, тоді як кваліфікація здійснюється задовго до цього. Не можна ж вважати, що до розробки вчення про склад злочину підставою кваліфікації були норми кримінального закону, а після його появи ним став склад злочину. Навряд чи існують беззаперечні аргументи проти того, що й зараз кваліфікацію можливо здійснювати без використання конструкції складу злочину. Певно, що можна. Щоб кваліфікувати діяння, потрібно мати про нього відповідну інформацію та кримінально-правову норму, яка регламентує це діяння. Тому юридичною підставою кваліфікації виступає кримінально-правова норма. Кримінально-правова норма передбачає узагальнені, типові ознаки злочинного діяння, виступає більшою посилкою силогізму, який складається в ході кваліфікації. Сама ж кваліфікація полягає в співставленні реально існуючих ознак - фактичних ознак конкретного діяння, які відображені в зібраній інформації та ознак злочину, закріплених в нормі закону.

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

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

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

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

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

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

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

Роль прецеденту при застосуванні кримінально-правових норм неоднозначно оцінюється в теорії кримінального права. Загальноприйнятий підхід полягає в тому, що в вітчизняній системі права, як і в інших правових системах, що відносяться до сім’ї континентального права, прецедент не відіграє ролі джерела права, не повинен прийматися до уваги при його застосуванні. Видається, що категоричне неприйняття прецеденту не відповідає існуючій правозастосовній практиці, суперечить цілям забезпечення правильного і одностайного застосування закону.

Ще однією з додаткових підстав кримінально-правової кваліфікації є акти офіційного тлумачення кримінального закону, які дозволяють запровадити однакове в межах держави розуміння правових норм, усунути виявлені в них неясності.

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

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

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

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

В часі встановлення фактичних обставин справи передує кваліфікації.

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

При кваліфікації враховуються лише ті фактичні обставини, які відповідають обов’язковим ознакам певного складу злочину. Перелік же обов’язкових ознак можна встановити на підставі аналізу кримінально-правової статті Особливої частини, яка підлягає застосуванню. Доказуванню обов’язково підлягають ті фактичні ознаки злочину, які прямо вказані в диспозиції статті Особливої частини.

Лише такі ознаки мають кваліфікаційне значеня, лише від їх наявності залежить можливість застосування певної кримінально-правової норми. Сукупність таких фактів складає так званий фактичний склад.

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

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

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

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

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

Говорячи про кримінальний закон як підставу кримінально-правової кваліфікації, звісно ж маються на увазі статті, що містяться в чинному КК чи некодифікованих кримінально-правових актах (якщо їх існування допускається певною правовою системою). Разом із тим може виникнути питання про застосування при кваліфікації норм, які вміщені в актах кримінально-правового характеру, які формально втратили чинність. Так, в юридичній періодиці Російської Федерації жваво дискутується питання про те, чи «можна судити за КК РФ з посиланням на КК РРФСР», маючи на увазі можливість врахування судимості за КК РРФСР при встановленні рецидиву злочинів, які кваліфікуються вже за новим КК.

Не вдаючись глибоко у вирішення цього питання по суті, зауважимо, що наступність у кримінальному праві передбачає, що правова оцінка суспільних відносин, які виникли при дії одного закону, а продовжилися в період функціонування іншого, буде однобічною і неправильною, якщо обмежитися лише врахуванням чинного нормативного акта. Зміна законодавства не означає, що раніше вчинені дії і їх правова кваліфікація «відсікається» і не приймаються до уваги при кваліфікації за новим законодавством. Тому при кваліфікації рецидиву, повторності, продовжуваних і триваючих злочинів слід, як видається, враховувати й норми, які діяли на момент вчинення відповідних діянь, при потребі посилатися на них при кваліфікації скоєного.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Принципи кримінально-правової кваліфікації - це система науково обгрунтованих, стабільних, таких, що застосовуються свідомо найбільш загальних правил, на підставі яких здійснюється вибір кримінально-правової норми, яка передбачає скоєне діяння, доводиться необхідність застосування саме цієї норми і процесуально закріплюється висновок, що діяння охоплюється саме обраною нормою.

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

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

Так, Л. Д. Гаухман відзначає, що загальних правил кваліфікації злочинів небагато, серед тих які базуються на Конституції РФ та принципах, закріплених в КК РФ називає 1) скоєне повинно безпосередньо бути передбачене кримінальним законом як злочин; 2) скоєне повинно містити конкретний склад злочину;

3) офіційна кваліфікація злочину, яка лежить в основі звинувачення, повинна базуватися на точно встановлених фактичних даних, доведених за правилами, встановленими в КПК РФ; до правил, які базуються на інших загальних правилах, встановлений в КК, відносить: 1) злочин кваліфікується за кримінальним законом, який дії під час його вчинення; 2) часом вчинення злочину визнається час вчинення суспільно небезпечної дії (бездіяльності), незалежно від часу настання наслідків; 3) по КК РФ кваліфікується злочин, вчинений на території РФ.

Видається, що положення, які Л. Д. Гаухман називає загальними правилами кваліфікації злочинів насправді такими не виступають. Адже це - положення, які стосуються принципів кримінальної відповідальності, дії кримінального закону в часі та просторі тощо, а аж ніяк не кваліфікації, під якою цей автор розуміє в цілому ж ті ж правові явища, що й інші вчені - співставлення, порівняння, в кінцевому підсумку суміщення фактичних ознак діяння, та ознак, передбачених законом.

Більш близько підійшов до вирішення питання про види принципів кваліфікації (однак, виходячи з традиційної позиції - кваліфікації злочинів, а не кримінально-правової кваліфікації) А. І. Рарог. До принципів кваліфікації злочинів від відносить її:

 1) об’єктивність; 2) істинність; 3) точність; 4) повноту.

Погоджуючись з необхідністю виділення більшості з таких принципів, разом із тим відзначимо, що, їх перелік можна і потрібно уточнити. Адже, по-перше, А. І. Рарог,

назвав далеко не всі принципи кваліфікації, а, по-друге, виділення такого принципу, як істинність видається безпідставним, оскільки це - процесуальна вимога, а не характеристика кримінально-правової кваліфікації, як складової правозастосовної діяльності.

Таким чином можна констатувати, що задовольнитися існуючими в літературі дослідженнями з приводу переліку видів принципів кримінально-правової кваліфікації не можна. Визначити ж, які положення є принципами кримінально-правової кваліфікації можна базуючись на аналізі норм Конституції України, кримінально-правових положень Загальної та Особливої частини, міжнародно-правових актів, схвалених нашою державою, виходячи з загальновизнаних теоретичних постулатів та позицій, яких притримується правозастосовна практика.

Такі принципи не лише відображають домінуючі погляди з питань встановлення норми КК, якою передбачене вчинене діяння, з приводу встановлення (доведення) відповідності між фактом і нормою, а й містять вимоги, які адресовані до законодавця, учасників правозастосовної діяльності. Вони повинні бути відомими і зрозумілими особами, дії яких кваліфікуються, всім громадянам.

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

- філософські категорій «зміст і форма», «абстрактне і конкретне», якими

виражається співвідношення принципів кримінально-правової кваліфікації та інших

видів кримінально-правових принципів дають підстави стверджувати, що кваліфікація як вид застосування закону є формою його вияву, проявом конкретного в правовому регулюванні суспільних відносин. Звідси випливає, що здійснюватися вона повинна лише на підставі закону і в точній відповідності до нього;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Принцип повноти кримінально-правової кваліфікації виділяється, оскільки:

- в кваліфікації знаходить свій прояв діалектика необхідності і випадковості.

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

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

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

Принцип точності кримінально-правової кваліфікації базується на таких положеннях:

- злочинець повинен бути притягнутий до кримінальної відповідальності і покараний1 саме за вчинений ним злочин;

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

- головний принцип кримінально-правової кваліфікації - принцип законності - включає в себе обов’язок відповідних органів застосовувати закон у точній

відповідності з його змістом, виходити з того, що злочином може визнаватися лише діяння, прямо передбачене кримінальним законом. Тобто особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя можуть вмінити винному не будь-яку норму з числа наявних у чинному законодавстві, а лише ту, яка прямо передбачає скоєне діяння;

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

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

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

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

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

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

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

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

- кваліфікація є явищем стосовно норм чинного законодавства - сутності.

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

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

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

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

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

1) законність;

2) офіційність;

3) об’єктивність;

4) точність;

5) індивідуальність;

6) повнота;

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

8) недопустимість подвійного інкримінування;

9) стабільність.

4. Конкуренція кримінально-правових норм.

Слово “конкуренція” походить від лат. concuere, яке, означає бігти разом (наввипередки); стикатися, змагатися, зіштовхуватися.

Сучасні словники українській мови слово “конкуренція” визначають як: 1) боротьбу між товаровиробниками за вигідні умови виробництва та збуту товарів;

2) суперництво між окремими особами, заінтересованими в досягненні певної мети кожен для себе.

Таким чином, врахування походження та семантичного значення слова “конкуренція” дає пістави вважати, що ним позначається суперництво, боротьба за досягнення кращих наслідків, змагання, змагальність, боротьба, суперництво.

Визначити об’єкт конкуренції означає встановити що ж конкурує, між чим чи ким (якими суб’єктами, явищами, процесами) вона виникає. З’ясування питання про об’єкт конкуренції є передумовою розв’язання інших проблем, зокрема про її види та про правила вирішення.

В кримінально-правовій літературі це питання спеціально не висвітлювалося. Її аналіз показує, що вчені, які аналізують конкуренцію в праві, це поняття використовують здебільшого для характеристики тих випадків, коли діяння передбачене (охоплюється) одночасно двома чи більше правовими нормами і при цьому виникає потреба визначити, яка ж саме з них підлягає застосуванню. Таким чином, об’єктом конкуренції звичайно визнаються кримінально-правові норми. Уважний погляд на цю проблему показує, що кримінально-правові норми навряд чи правильно визнавати об’єктом конкуренції. Адже кожна правова норма (як юридичний феномен що виражає суть правила поведінки) індивідуальна, відрізняється від інших однією чи кількома ознаками. Тому діяння не може охоплюватися одночасно кількома нормами. Таке “охоплення” – результат недостатньо вдалого викладення норм в законі, використання в ньому термінів, які різні за об’ємом, допускають неоднозначне тлумачення, внаслідок чого виникає ілюзія тотожності кількох норм чи того, що діяння охоплюється одночасно двома чи більше нормами. Насправді ж кожне діяння може підпадати під ознаки лише однієї норми.

Саме це положення і лежить в основі вирішення питань конкуренції, коли в ході тлумачення з’ясовується, яка ж саме норма підлягає застосуванню. Якби норми конкурували між собою (виступали об’єктом конкуренції), то кожна із них як рівнозначна і рівноцінна претендувала б на застосування і не існує якихось підстав, щоб надати перевагу одній із них.

Також неприйнятним видається визнання об’єктом конкуренції складів злочинів. Склад злочину - це астрактна модель посягання, ознаки якої закріплені в кримінальному законі. Склад кожного злочину також індивідуальний, відрізняється від інших складів принаймні однією ознакою. Тому склади злочинів не можуть конкурувати, вони підлягають лише розмежуванню між собою.

Не виступають об’єктом конкуренції окремі діяння, які підлягають кримінально-правовій кваліфікації. Кожне таке діяння індивідуально визначене, характеризується своїм місцем, часом, обстановкою вчинення, іншими специфічними ознаками. Кожне з них має бути кваліфіковане самостійно і окремо від інших діянь. Щодо таких діянь виникає потреба встановити, становить воно самостійний злочин (чи інше діяння, передбачене кримінальним законом), чи становить собою елемент іншого посягання. Питання конкуренції при цьому не вирішуються.

Виходячи з викладеного, об’єктом конкуренції пропонується визнавати статті кримінального закону (їх частини, пункти). Саме щодо них виникає проблема вибору - визначення того, яку із них застосувати до конкретного діяння.

Саме окремі статті закону одночасно “претендують” на застосування до конкретних випадків.

До того ж, кримінально-правова норма - це правило, яке викладене одночасно в статтях як Загальної, так і Особливої частини кримінального законодавства, ознаки складу злочину закріплені в обох частинах КК. При цьому положення Загальної частини поширюються на всі (за деякими виключеннями) статті Особливої частини КК. Тому, навіть при конкуренції, статті Загальної частини не конкурують.

Конкуренція виникає між статтями (їх частинами, пунктами) Особливої частини КК. З викладеного можна зробити висновок, що конкуренція в кримінальному праві означає наявність кількох статей (частин статей, пунктів статей) Особливої частини, які одночасно передбачають (охоплююють) діяння, яке підлягає кримінально-правовій кваліфікації. Вирішення ж питань конкуренції передбачає з’ясування того, яка ж із статей (частини статей, пунктів статей) повинна бути застосована в даному випадку.

Причини того, що існують статті кримінального закону, які конкурують між собою, різноманітні. Серед них є як причини суб’єктивного характеру, так і об’єктивні.

До причин суб’єктивного характеру відносяться ті, які пов’язані з недоліками при формуванні кримінального закону. Як в ході кодифікації, так і особливо під час поточної правотворчості, законодавець нерідко недосить вдумливо підходить до формулювання диспозицій статей Особливої частини КК. Одним із проявів цього є використання термінів, які в тій чи іншій мірі охоплюють поняття, які стосуються двох чи більше статей (їх частин, пунктів). Наприклад, вводячи кримінальну відповідальність за катування (ст. 127 КК), законодавець як видається, не врахував, що відповідним поняттям охоплюється застосування насильства або знущання над особою при примушуванні давати показання (ч. 2 ст. 373 КК), примушуванні до антикокурентних узгоджених дій (ст. 228 КК) та й чи не всі злочини, які полягають у застосуванні насильства.

Однак конкуренція статей кримінального закону це не завжди результат надлишків у законодавстві. В деяких випадках вона об’єктивно обумовлена, має позитивний зміст, наявність двох чи більше статей Особливої частини КК, які одночасно поширюються на певне діяння, запроваджується законодавцем цілком свідомо:

1) коли конструюються правові норми і відповідаючі їм статті закону про так звані “складені злочини”, або, як ще кажуть, враховану самим законодавцем сукупність злочинів. В таких випадках в одній статті (частині, пункті статті) Особливої частини КК передбачається відповідальність за посягання, кожне з яких охоплюється іншою статтею КК. Наприклад, ч. 2 ст. 194 КК - умисне знищення чужого майна, що спричинило загибель людей - це сукупність посягань, які передбачені ч. 1 ст. 194 КК та ч. 2 ст. 119 КК, інакше кажучи: ч. 2 ст. 194 = ч. 1 ст. 194 + ч. 2 ст. 119 КК.

Наявність такого роду статей відображає реальну криміногенну ситуацію - наявність в реальному в житті посягань, в яких поєднується заподіяння шкоди, передбаченої водночас окремими статтями (частинами, пунктами статей) Особливої частини КК. Це також спрощує застосування кримінального закону - адже при кваліфікації таких випадків, визначенні їх правових наслідків потрібно звертатися не до двох чи більше статтей Особливої частини, а лише до однієї. Водночас, існування статей про складені злочини породжує конкуренцію між цими статтями та статтями, які регламентують відповідальність за окремі злочини, які утворюють “складений”;

2) при створенні норм узагальнюючого характеру на базі кількох казуїстичних. Історія розвитку кримінального законодавства свідчить, що звичайно спочатку в ньому з’являються статті, які передбачають відповідальність за окремі прояви злочинних посягань. І лише згодом, на їх базі з’являються загальні норми. Класичним прикладом є Закони царя Хамураппі, які в окремих статтях передбачали відповідальність за викрадення сокири, човна, жінки... І лише через сотні і тисячі років з’явилася загальна норма про викрадення чужого майна. Якщо при цьому в законодавстві зберігаються і статті, які містять норми казуїстичного характеру, і загальну норму, то між ними виникає конкуренція;

3) у випадку виділення спеціальних норм із загальних, кожна з яких передбачена окремою статтею (частиною, пунктом статті). Виділення спеціальних норм обумовлено прагненням законодавця диференціювати кримінальну відповідальність - посилити чи пом’ягшити її порівняно з тією, яка встановлена в загальних нормах, або ж взагалі декриміналізувати діяння, які прямо не передбачені спеціальними нормами. Загальна норма встановлюється в КК як така, яка передбачає типовий ступінь суспільної небезпеки і яка повинна найбільш часто застосовуватися на практиці, яка відіграє роль резервної для тих випадків, які не підпадають під жодну із спеціальних норм. Типовим випадком є загальна норма про умисне знищення чи пошкодження чужого майна (ст. 194 КК) та спеціальні норми про відповідні дії щодо окремих видів майна. Наявність статей, які передбачають загальну норму та одну чи кілька спеціальних норм також породжує конкуренцію між ними;

4) у випадку виділення кількох спеціальних норм, одні з яких спрямовані на посилення відповідальності, інші ж - на її пом’якшення. Наприклад, як раніше діюче, так і чинне кримінальне законодавство глибоко диференціює відповідальність за таких небезпечний злочин як умисне вбивство, передбачаючи як кваліфіковані, так і привілейовані види такого злочину (ст.ст. 115-118 КК). В житті ж зустрічаються випадки, які підпадають одночасно під дію кількох спеціальних норм, передбачених різними статтями (частинами, пунктами статей) Особливої частини КК, тобто, виникає конкуренція між ними.

В цілому можна констатувати, що конкуренція в кримінальному праві становить собою ситуацію так званого подвійного регулювання, яка дає змогу враховувати особливості охоронюваних суспільних відносин; можливість диференціювати кримінальну відповідальність; надає законові гнучкості, забезпечує можливість кваліфікувати вчинене в його межах та уникнути тим самим застосування закону за аналогією і нагромадження норм при правовій оцінці вчиненого злочину.

Викладене вище дає підстави вказати на такі ознаки конкуренції статей кримінального закону:

1) вчинено одне діяння, яке підлягає кримінально-правовій кваліфікації;

2) це діяння підпадає під ознаки двох або більше статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК;

3) кожна із цих статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК потенційно може бути застосована до діяння, яке підлягає кваліфікації (кожна із них “претендує” на застосування);

4) до діяння може повинна бути застосована лише одна із статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК, оскільки інше означатиме порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування;

5) норми, передбачені конкуруючими статтями (частинами, пунктами статей) частково співпадають за об’ємом та змістом, тобто взаємнопов’язані між собою.

Вказані ознаки конкуренції дозволяють сформулювати таке визначення:

конкуренція статей кримінального закону має місце тоді, коли одне діяння, яке підлягає кримінально-правовій кваліфікації за однією із статей КК, підпадає під ознаки двох або більше взаємопов’язаних статей (частин, пунктів статей)

Особливої частини КК, кожна із яких потенційно може бути застосована до цього діяння.

Можна констатувати, що конкуренція проявляється лише в ході застосування правових норм до конкретних ситуацій. Сама по собі наявність статей (частин, пунктів статей) Особливої частини КК, які містять норми, що частково співпадають між собою, є передумовою конкуренції. Сутність же вирішення питань конкуренції полягає у визначенні того, яка з конкуруючих статей (частин, пунктів статей) повинна бути застосована у конкретному випадку.

Питання класифікації конкуренції в кримінальному праві детально аналізувалися в літературі, зокрема О. К. Маріним. Критерієм класифікації пропонується вибрати характер взаємозв’язку між конкуруючими нормами. Він може проявлятись у таких формах:

· підпорядкування за об’ємом;

· підпорядкування за змістом;

· відсутність підпорядкування між конкуруючими спеціальними нормами, але наявність такого підпорядкування між кожною з них із єдиною загальною нормою.

У відповідності з цими формами взаємозв’язку норм і можна виділити основні види конкуренції кримінально-правових норм:

- конкуренцію частини і цілого;

- конкуренцію загальної і спеціальної норм;

- конкуренцію кількох спеціальних норм.

Звичайно, що види конкуренції кримінально-правових норм можна виділити і за іншими ознаками. Але це будуть допоміжні класифікації.

Наприклад, за кількістю норм, які конкурують, може виникнути:

1) одноступенева (одноетапна, одноразова) конкуренція – коли в такому процесі приймають участь дві кримінально-правові норми;

2) багатоступенева (багатоетапна, неодноразова) конкуренція - конкурують три або більше норми, тобто вказаний процес проходить вже два або більше етапи.

Крім того в теорії кримінального права виділяють неповну (часткову) конкуренцію на відміну від повної. Ці види виділяються за рівнем співпадіння обсягу загальних і спеціальних кримінально-правових норм.

Ще однією підставою для виділення видів конкуренції кримінально-правових норм може бути об’єкт суспільно небезпечного посягання. За цією ознакою можна виділити конкуренцію норм в межах:

а) безпосереднього об’єкта посягання – між нормами, що містяться в одній статті Особливої частини;

б) родового об’єкта посягання – між нормами, що містяться в одному розділі Особливої частини;

в) загального об’єкту злочину – між кримінально-правовими нормами взагалі;

Крім того, до наведеного ряду примикає конкуренція між кримінально-правовими нормами Особливої частини та охоронювальними адміністативно-правовими нормами.

Вироблену в правовій науці систему форм та засобів вирішення колізій правових норм можна узагальнити таким чином:

Усунення колізії правових норм: а) відміна всіх крім однієї з норм, що знаходяться в колізії; б) уточнення предмету (об’єкту) регулювання правових норм;

в) відміна всіх правових норм, що знаходяться в колізії.

Подолання колізії правових норм: а) тлумачення правових норм;

б) правоположення; в) колізійні норми; г) колізійні принципи.

Можна зробити припущення про придатність деяких з наведених форм (засобів) вирішення нормативних колізій для вирішення питань кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм.

При цьому слід мати на увазі, що конкуренцію кримінально-правових норм повністю усунути неможливо, хоча в теорії кримінального права робляться такі пропозиції. Конкуренція кримінально-правових норм є об’єктивним явищем, яке проявляється в ході застосування норм до життєвих випадків (кваліфікації).

Передумовою виникнення конкуренції є стан законодавства - наявність декількох кримінально-правових норм, які розраховані на регламентацію одних і тих самих суспільних відносин, або, іншими словами, одна і та сама ситуація підпадає під дію декількох норм.

Отже, доцільно визнати формою вирішення конкуренції кримінально-правових норм її подолання.

Засоби подолання конкуренції кримінально-правових норм можна визначити як юридичні інструменти, за допомогою яких вирішується питання про вибір однієї норми з кількох, що поширюються на даний випадок і претендують на застосування до нього. Конкуренція кримінально-правових норм долається за допомогою таких засобів:

1) колізійна (конкурентна) норма - формально визначене та нормативно закріплене в кримінальному законі правило кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм.

2) правоположення - сприйняте практикою та об’єктивоване в актах правозастосування правило подолання конкуренції кримінально-правових норм певного виду;

3) теоретичне правило - вироблена теорією кримінального права та науково обгрунтована рекомендація спеціалістів в галузі кримінально-правової кваліфікації по вибору кримінально-правової норми у випадку конкуренції певного виду.

В теорії права (кримінального зокрема) одним з способів подолання суперечностей правового регулювання (колізій) називають тлумачення правових норм (офіційне та неофіційне (доктринальне) Однак з цього приводу, враховуючи специфіку конкуренції кримінально-правових норм та її відмінність від колізії, більш вдалим видається твердження про те, що при кваліфікації виходять з ознак закону вже усвідомлених і витлумачених, інакше недовго дійти до того, що закон “підганяється” під конкретний випадок. Тому, видається, тлумачення правових норм як процес з’ясування (роз’яснення) їх змісту не може визнаватися способом подолання конкуренції кримінально-правових норм як нетипової ситуації при кваліфікації злочинів.

Важливим є питання про ієрархію та взаємодію вказаних засобів, в якій послідовності до них потрібно звертатися, як вони взаємообумовлені.

У взаємозв’язку:

Теоретичне правило - Правоположення - Колізійна (конкурентна) норма, прослідковується шлях об’єктивізації певного правила подолання конкуренції

кримінально-правових норм, шлях від теорії до правової норми. Так, нерідко, органи

правозастосування звертаються до науковців з проханням роз’яснити певні ситуації,

порекомендувати можливі шляхи виходу з них. Теоретичне ж правило, яке сприйняте практикою правозастосування може отримати нормативне закріплення.

Коли вже йде мова про подолання конкуренції у процесі правозастосування, то з урахуванням існуючої правової системи спорстерігається зворотня послідовність:

Норма - Правоположення - Теоретичне правило. Тобто, у ситуації, коли наявне правоположення суперечить конкурентній нормі при правозастосуванні повинна враховуватись саме правова норма. У випадках суперечності між правилом, закріпленим у правоположенні, та теоретичним правилом керуватися при кваліфікації слід все ж таки правоположенням.

Аналіз сучасного законодавства, матеріалів практики, теоретичних положень дозволяє зробити висновок про те, що на сьогодні колізійні (конкурентні) норми не займають належного місця насамперед тому, що їх у чинному законодавстві немає.

5. Помилки, які допускаються в судовій практиці при кваліфікації злочинів. Змінення кваліфікації (поняття та підстави).

Неправильне застосування кримінального закону може бути поділене на види за різноманітними підставами. Видається, що найбільше практичне значення має виділення видів неправильного застосування кримінального закону за суб’єктивним ставленням до своїх дій та їх наслідків осіб, що допустили неправильність;

наслідками, які тягне неправильне застосування закону; змістом; можливостями виправлення Неправильне застосування кримінального закону може бути под правозастосування. Оскільки право знає лише дві форми вини, то існують лише два види неправильного застосування закону:

1) умисне, тобто зловживання при правозастосування, зокрема, зловживанні у кваліфікації;

2) необережне - помилки при правозастосуванні, в т.ч. помилки у кваліфікації.

Всі інші види неправильного застосування закону (включаючи і неправильну кваліфікацію) “вписуються” у якийсь із вказаних вище, а не становлять собою окремого самостійного виду. Тобто, або зловживання, або ж помилку, а не якийсь третій вид, становить собою неправильна кваліфікація:

- “із запасом”;

- здійснена внаслідок реалізації положень, які містяться у нормативно-правових актах;

- проведена відповідно до положень, викладених у постановах Пленуму Верховного Суду України, поширених ним узагальненнях і оглядах судової практики, листах до керівників апеляційних судів;

- викликана виконанням обов’язкових вказівок вищестоящих інстанцій чи органів (начальника слідчого відділення, прокурора, суду);

- обумовлена некритичним ставленням до положень, викладених у наукових публікаціях;

- яка становить собою “наслідування” рішень, прийнятих раніше в аналогічних справах.

Однак, дати характеристику названим підвидам неправильного правозастосування, вказати, які з них відносяться до зловживань, а які до помилок можна буде лише після характеристики цих основних видів неправильної кваліфікації.

Помилки у кваліфікації злочинів, як вище відзначалося, вже були предметом наукового дослідження. В літературі детально проаналізовано їх поняття, наслідки, види, а також фактори, які зумовлюють кваліфікаційні помилки та міри щодо їх виявлення, усунення та попередження. Розроблені в теорії кримінального права положення, які стосуються помилок у кваліфікації злочинів в цілому видаються правильними і такими, які можуть бути поширеними і на поняття більш широкого рівня - помилки у кримінально-правовій кваліфікації.

Помилки у кримінально-правовій кваліфікації характеризуються тим, що:

1) становлять собою вид неправильного застосування кримінального закону. Звідси випливає, що такі помилки характеризуються усіма ознаками вказаного родового поняття (які поширюються як на помилку, так і на зловживання при кваліфікації):

- отримують зовнішню форму виразу у певному процесуальному документі;

- факт неправильного застосування кримінального закону юридично зафіксований;

- за своїм змістом неправильне застосування кримінального закону полягає у посиланні на статті КК, які не підлягають застосуванню або ж, навпаки, не використанні статей КК, які мають бути застосовані;

- соціально-політична сутність неправильного застосування кримінального закону виражається в тому, що це небажане для суспільства явище, якому слід усіляко запобігати і протидіяти.

2) вчиняються через необережність або ж є наслідком невинних дій. Саме у суб’єктивному ставленні до вчинюваних дій та їх наслідків виражаються видові ознаки, які, які виражають специфіку саме цього виду неправильного застосування закону.

Інтерпретуючи ознаки необережності, закріплені в КК та вироблені теорією кримінального права критерії випадку (казусу) можна констатувати, що помилка у кримінально-правовій кваліфікації може бути допущена:

- через самовпевненість, коли особа, яка здійснює кваліфікацію, припускає, що вона неправильно застосовує кримінальний закон, але легковажно розраховує, що така неправильність буде виправлена іншими службовими особами чи юрисдикційнми органами. Видається, що це, зокрема, має місце при кваліфікації “із запасом” (про що детальніше буде сказано далі);

- внаслідок недбалості, при якій правозастосовувач не усвідомлює неправильність своїх дій по застосуванню кримінального закону, проте може і повинен це передбачити. Певно, що внаслідок недбалості вчиняється переважна більшість кваліфікаційних помилок, включаючи помилки, викликані неповним встановленням фактичних обставин справи чи недостатнім знанням кримінального закону, некритичним ставленням до обов’язкових вказівок вищестоящих інстанцій чи органів, а також до положень, викладених у наукових публікаціях, слідуванням раніше прийнятим в аналогічних справам рішеннях тощо;

- випадково. Тоді особа не усвідомлює факту неправильної кваліфікації, і або не може, або не повинна цього усвідомлювати. Є підстави припускати (і це буде деталізовано далі), що про неправильну кваліфікацію внаслідок випадку можна вести мову тоді, коли відповідні правозастосовні рішення вчинені у зв’язку з реалізацією положень, які особа вважає обов’язковими для використання в ході кваліфікації. Разом із тим слід зауважити, що наявність певних нормативного характеру чи індивідуальних (у конкретній справі) вказівок, неправильність яких усвідомлюється особою, яка здійснює кваліфікацію, дає підстави вважати, що їх виконання становить собою не помилку чи випадок, а є зловживанням. Неправильна кримінально-правова кваліфікація може бути результатом не лише помилки, але й прямих зловживань при її проведенні. Різниця між помилками та зловживаннями полягає, головним чином, у суб’єктивному ставленні до результатів своєї діяльності особи, яка здійснює кваліфікацію.

Наслідки ж неправильної кримінально-правової кваліфікації, обумовленої як помилками, так і зловживаннями, по суті тотожні. Врешті-решт, вони зводяться до того, що або покращується кримінально-правове становище особи, дії якої кваліфікуються, або ж погіршується.

Не секрет, що переважна більшість зловживань при кваліфікації обумовлена корупційними проявами - підкупом з боку осіб, дії яких кваліфікуються або їх представників, близьких. Тому найчастіше неправильна кваліфікація полягає у інкримінуванні статей про менш небезпечні злочини, виключенні кваліфікуючих ознак, застосуванні норм про незакінчений злочин і т.п. Наслідком цього є застосування більш “м’яких” статей КК, відповідно - пом’якшення відповідальності в різних формах.

Випадки виявлення зловживань при кваліфікації вкрай рідкі. Взагалі одиничними є факти засудження осіб, які проводять дізнання, слідчих, прокурорів, суддів за зловживання в ході службової діяльності. Тим більш по суті не виявляється фактів неправильної кваліфікації. Недоказанність умислу щодо неправильної кваліфікації веде до того, що чи не всі випадки такої кваліфікації (якщо вона виправляється) оцінюються як помилки.

Про фактичну ж поширеність зловживань при кримінально-правовій кваліфікації можна лише здогадуватися. Але здогадки далеко не безпідставні. Так, неважко припустити, що внаслідок дії закону великих чисел кількість помилок, наслідком яких є погіршення і покращення становища особи мала б бути рівною. Однак, матеріали опублікованої практики та дослідження вчених свідчать, що переважно зміни кваліфікації спрямовані на покращення становища підслідних, підсудних чи засуджених осіб - вони становлять 2/3 від усіх випадків зміни кваліфікації в наступних процесуальних стадіях. Неважко здогадатися, чим же все це обумовлено - адже “просять” переважно не про притягнення до відповідальності чи її суворість, а, навпаки.

Нерідким в правозастовній, переважно слідчо-прокурорській практиці, є таке явище, яке звичайно називають кваліфікація “із запасом”, чи “завищенням кваліфікації”. Його сутність полягає у кваліфікації скоєного за статтею (статтями) КК, які передбачають більш тяжкий злочин, ніж фактично вчинений.

Прояви кваліфікації “із запасом” різноманітні. Це, зокрема:

- інкримінування статті Особливої частини КК, яка передбачає більш тяжкий злочин (наприклад, кваліфікація грабежу чи вимагання як розбою);

- застосування статті КК, яка передбачає простий чи кваліфікований вид злочину за умови, що підлягає застосуванню стаття, яка передбачає норму про привілейований вид цього ж злочину;

- посилання при кваліфікації на частину (пункт) статті, яка містить кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки, що в даному випадку відсутні;

- кваліфікація за сукупністю статей Особливої частини КК, тоді як фактично посягання охоплюється однією із статей (наприклад, вчинення опору працівникові міліції в ході хуліганства кваліфікується за відповідними частинами ст. 296 КК та одночасно ст. 342 КК, хоча таке хуліганство повністю охоплюється ч. 3 ст. 296 КК);

- оцінка скоєного як злочину, вчиненого на більш пізній стадії (як закінченого злочину, коли має місце лише замах або готування чи як замаху при наявності готування);

- визначення наявності більш високої форми співучасті (зокрема, як злочину, вчиненого організованою групою, тоді коли насправді мало місце посягання, вчинене групою осіб за попередньою змовою);

- незастосування норм, які передбачають обставини, що виключають злочинність діяння.

Так чи інакше, кваліфікація “із запасом” завжди означає погіршення становища особи, дії якої оцінюються, потенційно веде до застосування до неї більш суворого покарання та (чи) інших кримінально-правових і процесуальних наслідків.

Кваліфікація “із запасом” звичайно здійснюється у випадках, коли слідчий сумнівається в тому, як же слід кваліфікувати скоєне і здійснює своєрідну підстраховку на випадок зміни кваліфікації під час подальшого руху кримінальної справи. Адже кримінально-правова кваліфікація, дана на досудовому слідстві, може бути змінена прокурором чи судом. Причому, процесуальне правило про “заборону повороту до гіршого” що без повернення справи для проведення додаткового розслідування кваліфікація може бути змінена лише за умови, що це не пов’язане з обвинуваченням у більш тяжкому злочині. Якщо ж кваліфікація заздалегідь “завищена”, то навіть її зміна прокурором при затвердженні обвинувального висновку в сторону пом’якшення не тягне за собою негативних наслідків для подальшого “руху” кримінальної справи.

Таким чином, можна констатувати, що приводом для кваліфікації “із запасом” є існування положень, закріплених в КПК України, які регламентують межі зміни кваліфікації прокурором затвердженні обвинувального висновку та в ході судового розгляду кримінальної справи. Слід підкреслити, що саме приводом, а не причиною, оскільки кваліфікація “із запасом” відображає недостатній рівень фахової майстерності того, хто її здійснює.

Неправильне рішення з питань кримінально-правової кваліфікації може бути обумовлене помилками, допущеними ще в ході визначення фактичної підстави кваліфікації, тобто, неправильним встановленням фактичних обставин справи. Як вже відзначалося, правильність правової характеристики скоєного залежить від того, наскільки точно і повно визначений сам предмет, який їй підлягає. При цьому оцінка фактичних обставин повинна бути завершеною і залишитись незмінною на момент кваліфікації.

Якщо ж встановлені нові докази чи дана інша оцінка вже існуючим, то змінюється об’єкт кваліфікації, її слід проводити заново, раніше проведена кваліфікація не може вважатися правильною і щодо таких нових фактичних даних.

Хоча цілком можливо, що і після отримання нових доказів у справі кваліфікація не зміниться. Це можливо за умови, що такі докази не пов’язані з встановленням ознак складів інших злочинів, кваліфікуючих чи привілеюючих ознак, зміною у визначення стадії вчинення злочину і т.д. Наприклад, під час розслідування виявиться, що крадіжка чужого майна вчинена не в Івана, а в Степана.

В ході встановлення фактичних обставин справи, їх оцінки також можливі неточності, неповнота, іншого роду помилки. Однак вони не відносяться до помилок у кримінально-правовій кваліфікації, а становлять собою процесуальні помилки, оскільки:

- такі помилки допущені в ході встановлення підстав кримінально-правової кваліфікації, тобто, ще до початку процесу кваліфікації. Кваліфікація ж здійснюється щодо вже встановлених фактичних обставин справи;

- вони обумовлені неправильним застосуванням норм не матеріального кримінального права, а процесуальних норм.

Крім того, кримінально-правова кваліфікація підлягає процесуальному оформленню, в ході якої також можуть мати місце певні відхилення від вимог, регламентованих КПК України. Наприклад, у формулюванні звинувачення вказуються не всі епізоди вчинення злочинів, які встановлені у справі, або ж зміни у кваліфікацію здійснені неуповноваженим на те суб’єктом.

Звідси випливає, що поряд з помилками в кримінально-правовій кваліфікації існують і процесуальні помилки. Вони відрізняються від помилок у кримінально-правовій кваліфікації не лише за змістом, але й за правовими наслідками, за порядком їх встановлення та виправлення.

Для вказівки на зміни до кримінально-правової кваліфікації в теорії кримінального права і процесу, в правозастосовній практиці використовують різні терміни: “перекваліфікація”, “доповнення кваліфікації”, “уточнення кваліфікації”, “розвиток кваліфікації”, “конкретизація кваліфікації”, “виправлення кваліфікації” тощо. Так чи інакше, але всі вони позначають одне і те ж поняття, виражають виправлення, поправку, переміну того, що було проведене раніше, існуючого, поворот до нового.

Оскільки таким існуючим раніше і новим є кримінально-правова оцінка діяння, то зміни якраз і стосуються такої оцінки.

Аналіз показує, що зміни до кримінально-правової кваліфікації характеризуються такими рисами:

1) наявність попередньої (предикатної) кваліфікації цього ж діяння, яка була здійсненна в відповідному процесуальному порядку, закріплена у документі, який набрав чинності. Про зміну можна вести мову лише тоді, коли було що міняти, коли є об’єкт, який підлягає зміні. Очевидно, що коли попередня кримінально-правова оцінка діяння не була завершена, процесуально не оформлена, не набула обов’язковості, то про зміну кваліфікації говорити не доводиться;

2) прийняття нового процесуального акта, яким кваліфікація змінена.

Водночас, внесення будь-яких змін пов’язане із запереченням існуючого раніше.

Тому зміни до кримінально-правової кваліфікації тягнуть за собою визнання нечинною кримінально-правову оцінку діяння, яка проводилася раніше. Відповідно, втрачають своє юридичне значення попередні формула кваліфікації та формулювання обвинувачення.

3) створення формули кваліфікації та формулювання обвинувачення, які відрізняються від попередніх. Кримінально-правова оцінка діяння - як існуюча раніше, так і нова виражена у формулі кваліфікації та формулюванні звинувачення.

Звідси випливає, що зміна до кваліфікації означає не що інше, як створення нової

такої формули, фіксація нового формулювання звинувачення.

4) зміни до кваліфікації є результатом діяльності уповноважених на те службових осіб. Відповідні зміни можуть проводити або ж ті особи, які здійснювали первинну кваліфікацію, або ж інші службові особи, як цього самого, так і іншого правозастосовного відомства.

На перший погляд можна зробити висновок, що зміни кримінально-правової кваліфікації пов’язані з виправленням виявлених помилок чи зловживань при її проведенні. Однак це, виступає лише однією з підстав зміни кваліфікації, насправді їх перелік значно ширший.

В ході вибору кримінально-правової норми, яка підлягає застосуванню, звичайно висувається і перевіряється не одна гіпотеза, «перебирається» багато норм.

Однак до того часу, поки рішення про правову норму, яка має бути застосована до

конкретного випадку, не відображене в процесуальних документах, кваліфікацію не можна вважати такою, що відбулася, і відповідно не виникає питання про її зміну. В

літературі справедливо відзначається, що з юридичної точки зору до зміни кваліфікації відносяться не зміни в припущеннях (версіях) про можливу правову норму, яка підлягає застосуванню, які послідовно виникають в свідомості слідчого прокурора і судді при розслідуванні і розгляді кримінальної справи, а лише зміни, що відображаються в процесуальних документа. Наявність же належно процесуально оформленої кваліфікації, передбачає, що вона проведена відповідно до певних підстав, з використанням існуючих правил кваліфікації. Змінити кваліфікацію - означає не що інше, як спростувати презумпцію правильності раніше проведеної кримінально-правової оцінки діяння. Для цього потрібно або довести, що використані неналежні підстави кваліфікації, або що не враховані чи неправильно враховані правила кваліфікації, або що мали місця помилки чи зловживання при її проведенні.

Розглядаючи питання про зміну кваліфікації, В. Н. Кудрявцев вказує, що вони можуть бути викликані трьома обставинами:

1) тим, що змінилися фактичні обставини справи, на підставі яких дана кваліфікація скоєного;

2) тим, що в процесі розслідування чи розгляду справи в суді змінився кримінальний закон; нарешті,

3) тим, що виправляється помилка у застосуванні закону, не пов’язана з зміною закону чи фактичних даних.

В цілому можна погодитися з наведеними підставами зміни кваліфікації.

Однак це не виключає можливості та необхідності уточнення і доповнення переліку підстав зміни кримінально-правової кваліфікації. До речі, частина із них випливає з

подальших міркувань вказаного вченого.

Так, такою підставою очевидно виступає не зміна фактичних обставин справи - самі по собі факти об’єктивної дійсності, які мали місце в минулому змінюватися не можуть, а зміна обсягу процесуально встановленої інформації про ці факти. Далі, підставою для зміни кваліфікації є не будь-яка зміна кримінального закону, а лише така, внаслідок якої новий кримінальний закон набуває зворотної сили. Тобто, як вже відзначалося при аналізі принципу повноти кримінально-правової кваліфікації, за новим законом, який пом’якшує караність діяння (обмежує відповідальність, передбачає більш м’яке покарання, іншим чином поліпшує становище особи) мають бути кваліфіковані і діяння, які вчинені до його вступу в силу. Причому потребує уточнення і ще одне положення, наведене В. Н. Кудрявцевим. Зміна кваліфікації може бути здійснена й у справах, де вироки вже винесені. Оскільки ст. 5 КК не обмежує зворотну силу закону лише якимось певним часом, то вона поширюється на весь період, аж до припинення кримінально-правових відносин, тобто, за пануючою в теорії кримінального права позицією, до моменту погашення чи зняття судимості.

Вимагає доповнення і положення про те, що підставою для зміни кваліфікації може бути помилка в застосуванні закону. Очевидно, що такою підставою виступає не лише помилка, а й виявлені зловживання працівників, які здійснюють кримінально-правову кваліфікацію. Нарешті, серед підстав зміни кваліфікації потрібно назвати й таку, яка пов’язана із зміною правил кваліфікації того чи іншого діяння. Така підстава не охоплюється жодною із перелічених В. Н. Кудрявцевим, але на користь її врахування як самостійної можна навести конкретні аргументи.

Взагалі-то правила кримінально-правової кваліфікації змінюватися не повинні. Це, як видається, випливає з усього викладеного вище. Адже те, що конкретні правила кваліфікації базуються на найбільш загальних положеннях - принципах, їх об’єктивний характер, наукова обгрунтованість, абстрагованість таких правил від вирішення конкретних питань саме і свідчить на користь їх стабільності. Однак життя завжди багатше теоретичних побудов і схем. Значна частина правил кваліфікації окремих злочинів викладена в постановах Пленуму Верховного Суду України. Останні ж не відзначаються особливою стабільністю, зате є обов’язковими для судів та посадових осіб інших правозастосовних органів.

Зміни в правилах кваліфікації в розрізі питань, які зараз розглядаються, можуть бути поділені на а) застосування яких погіршує становище особи, діяння якої кваліфікуються і б) застосування яких покращує становище цієї особи. До першої групи відносяться зокрема, вказівки про кваліфікацію скоєного за сукупністю норм, відповідне тлумачення оціночних понять, певного роду вказівки щодо розмежування злочинів. І, навпаки, застосування правил, відповідно з якими діяння охоплюються не кількома, а однією статтею кримінального закону, про відсутність потреби вміняти певні кваліфікуючі ознаки складу злочину, про необхідність вмінення статті про менш небезпечний злочин тощо означає поліпшення кримінально-правового становища особи.

Наприклад, п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України №12 від 27 грудня 1985 р. «Про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень» в початковій редакції та в редакції з врахуванням змін, внесених постановою Пленуму від 4 червня 1993 р. №3, передбачав, що умисне знищення чи пошкодження державного, колективного або приватного майна, вчинене внаслідок перевищення влади або посадових повноважень, підлягають кваліфікації за сукупністю ст. 166 КК і статей КК, які передбачають відповідальність за злочини проти державної і колективної чи приватної власності [маються на увазі статті КК України 1960 р.]. Цей же пункт (в частині, що стосується кваліфікації знищення або пошкодження майна внаслідок перевищення влади або посадових повноважень) в редакції постанови Пленуму від 3 грудня 1997 р. №12 викладений так: «Якщо перевищення влади або посадових повноважень виявилося у умисному знищенні чи пошкодженні» державного, колективного або індивідуального майна громадян без обтяжуючих обставин (ч. 1 ст. 89, ч. 1 ст. 145 КК), то такі дії охоплюються ст. 166 КК і додаткової кваліфікації за статтями про злочини проти державної, колективної або приватної власності не потребують". Таким чином, запроваджене нове правило кваліфікації, яке покращує становище особи, оскільки не передбачається додаткове інкримінування статей Особливої частини, які передбачають знищення або пошкодження майна, вчинене без кваліфікуючих ознак.

По суті, зміни в обов’язкових правилах кваліфікації мають таке ж значення, як і зміни в законі. Тому є підстави вважати, що їх слід враховувати, виходячи з тих же засад, що і зміни в законі. Тобто, якщо нове правило передбачає погіршення становища особи, то його застосувати лише при кваліфікації діянь, які вчинені після набрання чинності цим правилом. В тому ж випадку, коли нове правило передбачає покращення становища особи, то його визнавати підставою для зміни кримінально- правової кваліфікації. Щоправда, на сьогодні кримінально-процесуальне законодавство не передбачає процедури такої зміни. Видається, що це є його прогалиною, яка повинна бути усунута.

Таким чином, можуть бути виділені такі підстави зміни вже проведеної і зафіксованої в процесуальних документах кваліфікації:

- встановлені нові фактичні обставини справи, які мають кримінально-правове значення, або ж навпаки, ті обставини, які раніше приймалися до уваги при кваліфікації, визнані недоведеними;

- змінився кримінальний закон в сторону пом’якшення відповідальності.

Такий закон має зворотну силу;

- допущена помилка при попередній кваліфікації;

- встановлені зловживання посадових осіб, допущені при кваліфікації діяння;

- змінилися обов’язкові правила кваліфікації.

Відповідно до чинного законодавства, за загальним правилом, зміна кваліфікації можлива лише в сторону покращення становища обвинуваченого чи підсудного, тобто на норму Особливої частини, яка передбачає менш тяжкий вид злочину. Якщо ж в ході розслідування чи розгляду справи виникає потреба кваліфікувати скоєне за нормою, яка передбачає більш тяжкий вид злочину (вмінити статтю КК, яка передбачає більш суворе покарання, притягти до відповідальності не за простий, а за кваліфікований вид злочину), то справа має бути повернута на попередню стадію - пред’явлене нове звинувачення, повернута для проведення додаткового розслідування тощо.

6. Поняття «службова особа», «посадова особа», «державний службовець», «інтереси служби», «службова особа юридичної особи приватного права».

В КК України існує декілька понять «службової особи». У ч. 3 ст. 18 КК розкривається загальне поняття службових осіб, ними є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Згідно з ч. 1 примітки ст. 364 КК службовими особами у статтях 364, 365, 368, 368., 369 цього Кодексу є особи, які постійно, тимчасово чи заспеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, станови, організації, судом або законом.

Представники влади - це працівники державних органів і установ, наділені правом у межах своєї компетенції висувати вимоги, а також приймати рішення, обов’язкові для виконання фізичними та юридичними особами незалежно від їх відомчої приналежності чи підлеглості (наприклад, народні депутати України, депутати місцевих рад, керівники державних адміністрацій і органів місцевого самоврядування, судді, прокурори, слідчі, оперативний склад Служби безпеки, працівники кримінальної та податкової міліції, державні інспектори й контролери, лісничі, військові коменданти, начальники гарнізонів та ін). Закон пов’язує визнання особи представником влади не за посадою, що вона обіймає, а за наявністю в неї владних повноважень. Отож представником влади може бути звичайний працівник державного апарату (наприклад, міліціонер) або навіть представник громадської організації (наприклад, член громадського формування з охорони громадського порядку під час виконання ним обов’язків з охорони цього порядку).

Під організаційно-розпорядчими обов’язками слід розуміти функції зі здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на під-приємствах, в установах або організаціях незалежно від форми власності (підбір і розташування кадрів, планування роботи, організація праці, забезпечення трудової дисципліни тощо). Такі функції, зокрема, здійснюють керівники міністерств, відомств, державних, колективних або приватних підприємств, громадських організацій, їхні заступники та керівники структурних підрозділів або ділянок робіт (наприклад, директор підприємства, президент фірми, завідувач лабораторії, відділу начальник цеху, майстер дільниці, бригадир, їх заступники тощо).

Адміністративно-господарські обов’язки охоплюють повноваження з управління чи розпорядження державним, колективним або приватним майном, яке полягає в установленні порядку його зберігання, переробки, реалізації, контролю за здійсненням цих операцій тощо. Такі повноваження у тому чи тому обсязі мають начальники планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, їхні заступники, завідувачі складів, магазинів, майстерень, ательє, відомчі ревізори та контролери тощо.

Особа визнається службовою не тільки тоді, коли вона виконує відповідні функції постійно, а якщо вона виконує їх тимчасово чи за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом. Відносно співвідношення понять «тимчасово» та «за спеціальним повноваженням», то очевидно, що при покладенні на особу певних обов’язків навіть «спеціальним повноваженням» такі обов’язки виконуються нею певний час, тобто тимчасово. Різниця полягає у способі, формі та порядку покладення на особу обов’язку (завдання) виконувати певні обов’язки певний час.

Під поняттям «спеціальне повноваження» необхідно вважати 1) тимчасове здійснення функцій без обіймання певної посади, які нею (посадою) обумовлюються, або 2) виконання певних обов’язків особою, яка виконує їх на підставі законодавчих та інших нормативних чи розпорядчих актів (наприклад, наказу, розпорядження тощо), що є правовою підставою для виконання таких функцій та обов’язків.

Підставою для покладання на особу обов’язків виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов’язки має бути наявність у неї трудових чи договірних правовідносин із відповідними підприємствами, установами, організаціями, або ж покладання на особу таких обов’язків з наділенням її певними правами за рішенням суду у випадках, передбачених законом, наприклад призначення особи арбітражним керуючим за рішенням господарського суду.

До правомочних (компетентних) органів, які можуть покласти на особу обов’язки виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов’язки чи її функціями представника влади, відносяться Президент України (зокрема, при призначенні персонального складу різних національних чи координаційні комітетів, комісій, центрів), органи державної виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та їх виконавчі органи, суд (зокрема, господарський суд при призначенні арбітражного керуючого), власник суб’єкта господарської діяльності чи засновник юридичної особи, яка не здійснює комерційної діяльності. Зокрема: власник суб’єкта господарської діяльності (наприклад, власник приватного підприємства) може покласти виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків (наприклад, обов’язків 6ухгалтера) на працівників такого підприємства; збори учасників господарського товариства із свого числа обирають голову товариства та членів ревізійної комісії (ревізора), а також членів наглядової (спостережної) ради, покладаючи на них виконання відповідних обов’язків. Такі особи не обіймають постійно чи тимчасово в господарському товаристві посад, пов’язаних з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків на підставі наказу чи розпорядження його виконавчого органу чи його керівника.

Також особами, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, виступають: посадові особи юридичних осіб публічного права, які не зазначені в п. 1 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції, але одержують заробітну плату за рахунок державного чи місцевого бюджету; особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи в установлених законом випадках); особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків, або особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов’язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми.

Службовою особою також може бути визнано громадянина – суб’єкта підприємницької діяльності лише тоді, коли у нього реально виникає можливість виконання вказаних у п. 1 примітки до ст. 364 КК України обов’язків. Останнє можливе тоді, коли такий громадянин на умовах трудового договору наймає працівників для сприяння йому у здійсненні підприємницької діяльності.

Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення службового злочину необхідно чітко й однозначно вказати у процесуальних документах, до якої категорії службових осіб відноситься особа у зв’язку із вчиненими нею діяннями, оскільки обіймання особою певної (конкретної) посади може бути пов’язане із виконанням нею як функцій представника влади, так і організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків.

Наприклад, керівник державного органу чи його апарату у взаємовідносинах із іншими юридичними особами та фізичними особами виступає від імені державного органу чи його апарату як представник влади, а виконуючи покладені на нього обов’язки по керівництву діяльністю працівників такого органу (його апарату) чи управлінню або розпорядженню його майном, він ви-конує відповідно організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов’язки. Аналогічно, наприклад, голови судів, їх заступники, голови судових палат та їх заступники при виконанні функцій по відправленню правосуддя є представниками влади, а при виконанні обов’язків по керівництву діяльністю від-повідних судів чи управлінню або розпорядженню їх майном є службовими особами, які виконують відповідно організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов’язки. Суддя, здійснюючи керівництво своїм помічником чи секретарем судового засідання, також виконує організаційно-розпорядчі обов’язки.

У випадку посягання службовою особою на інші суспільні відносини, вчинене слід кваліфікувати (за наявністю для того підстав) як інший злочин, передбачений іншими розділами Особливої частини КК. Якщо ж службова особа посягнула одночасно на суспільні відносини, що визначають правильну роботу державного апарату, апарату органів місцевого самоврядування, об’єднань громадян, якоїсь організації, установи, підприємства (незалежно від форми власності), і, наприклад, на господарську діяльність, власність, довкілля, то її дії слід кваліфікувати, за наявності відповідних ознак, як злочин у сфері службової діяльності та той чи той злочин у сфері господарської діяльності чи злочин проти власності або довкілля (крім випадків, коли діяння, описане у статтях про злочини у сфері службової діяльності, є способом вчинення іншого злочину).

У ст. 369. КК міститься спеціальний суб’єкт злочину, який пропонує або надає неправомірну вигоду особі, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за таку вигоду вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Згідно з приміткою до ст. 369. КК України особами, уповноваженими на виконання функцій держави, є особи, визначені в п.п. 1 – 3 частини першої ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції».

Особами, які надають публічні послуги є особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді) під час виконання ними цих функцій.

Публічні послуги мають такі ознаками:

1) спрямованість на захист чи забезпечення умов для реалізації суспільних інтересів, прав та інтересів фізичних або юридичних осіб;

2) порядок та форма їх надання визначені державою чи органом місцевого самоврядування;

3) вони породжують наслідки правового характеру.

Публічні послуги аудиторів, нотаріусів, оцінювачів та інших представників приватної сфери можна визначити як послуги, що надаються публічним сектором (тобто органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та орг анізаціями державної та комунальної форми власності), а в окремих випадках - приватним сектором під відповідальність публічного сектору (публічної влади) і за рахунок публічних коштів (тобто коштів державного і місцевих бюджетів).

Публічними можуть вважатися послуги, виходячи з того що: а) вони є загальнодоступними і тому надаються на звернення будь-якої особи; б) правом надання таких послуг осіб, які здійснюють певну професійну діяльність, наділяють органи держави чи місцевого самоврядування; в) такі послуги, на відміну від суто професійних, мають юридично значущий характер, оскільки підтверджують чи посвідчують певні події, явища або факти, які породжують чи здатні породити наслідки правового характеру; г) при наданні таких послуг зазначені особи також здійснюють організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, але не належать при цьому до службових осіб чи найманих працівників юридичних осіб публічного і приватного права.

Що стосується злочинів, передбачених ст.ст. 364., 365. та ч.ч. 3 і 4 ст. 368. КК України, то їх суб’єктом виступає службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми.

Необхідно зазначити, що відповідно до ЦК України юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Поняття «юридична особа публічного права» не визначено в жодному законі України. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування, тобто представниками суб’єктів публічного права (такими суб’єктами є, зокрема, держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави). Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України і законом.

Юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації (статті 2, 81, 87 ЦК України).

Посадовими особами юридичних осіб публічного права є, наприклад, ректори, проректори, декани, завідуючі кафедрами вищих навчальних закладів державної та комунальної форми власності, директори серед- ньоосвітніх навчальних закладів та їхні заступники, директори науково- дослідних установ державної та комунальної форми власності та їхні заступники, головні лікарі, їхні заступники і начальники відділень медичних закладів державної та комунальної форми власності, директори закладів культури, фізичної культури і спорту державної та комунальної форми власності та їхні заступники, головні редактори та їхні заступники державних та комунальних засобів масової інформації тощо, а також керівники підрозділів зазначених установ. Усі інші, крім посадових осіб, працівники цих установ можуть бути визнані особами, які надають публічні послуги (див. коментар до підпункту «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону).

Юридичні особи мають три підстави створення:

1) юридичні особи, створені відповідно до ЦК України;

2) юридичні особи – державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГК України;

3) інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку.

Відповідно до ст. 80 ЦК України юридичною особою вважається організація, створена і зареєстрована в установленому законом порядку. Юридична особа може бути створена способом об’єднання осіб та (або) майна. Юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права.

Тут слід мати на увазі також положення п. 1 примітки до ст. 364 КК України, згідно з яким для цілей статей 364, 365, 368, 368., 369 КК України до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи кому- пальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забез-печує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства.

У літературі висловлювались інші припущення щодо правового статусу юридичних осіб публічного права. Зокрема, їх пропонувалось ви-значати на основі ст. 178 ГК України як публічні підприємства або під-приємства публічного користування (public utility), тобто установи, під-приємства, як правило, комунального господарства, комунальної власності, які надають певні види громадських послуг у сфері транспорту, зв’язку, енерго- і теплозабезпечення, водопостачання і водовідведення тощо. Проте, якщо пристати на цю пропозицію, то з-під дії Закону можуть вийти посадові особи відповідних установ, підприємств державної власності, зокрема ті, що перелічені нами вище.

Юридичні особи приватного права, своєю чергою, поділяються на товариства, установи та юридичні особи, створені в інших формах відповідно до закону.

Товариством є організація, створена способом об’єднання осіб (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Підприємницькими є товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками і можуть бути створені тільки як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи.

Непідприємницькими товариствами є товариства, які не мають на меті одержання

прибутку для його наступного розподілу між учасниками (наприклад, споживчі кооперативи, об’єднання громадян, біржі, торгово-промислові палати тощо).

З огляду на загальний поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного права і юридичних осіб публічного права варто наголосити, що переважна більшість юридичних осіб приватного права створюється відповідно до ЦК України, а юридичні особи публічного права – відповідно до положень Конституції України, ГК України та відповідних законів України. До юридичних осіб публічного права належать усі установи (організації), що створюються державою, Автономною Республікою Крим та територіальними громадами і не здійснюють господарської діяльності (наприклад навчальні заклади). Юридичними особами, створеними згідно з ГК України, є державні, комунальні та інші підприємства. Відповідно, юридичними особами публічного права є державні унітарні підприємства і державні комунальні підприємства.

Загальний порядок створення, організаційно-правові форми та правовий статус юридичних осіб приватного права встановлюється ЦК України, а правовий статус унітарних і корпоративних підприємств регламентується ГК України.

Водночас, ураховуючи положення ч. 2 ст. 9 ЦК України («законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання»), юридичними особами приватного права можуть визнаватись певні підприємства, створені відповідно до положень ГК України. Наприклад, ст.ст. 114–117 ГК України передбачають можливість створення селянських (фермерських) господарств, орендних підприємств, підприємств з іноземними інвестиціями, іноземних підприємств. Зазначені суб’єкти господарювання не є особливими організаційно-правовими формами підприємств, а тому мають створюватись в організаційно-правових формах, передбачених для юридичних осіб приватного права. Крім того, за певних обставин до юридичних осіб приватного права, не передбачених ЦК України, можна віднести як унітарні, так і корпоративні підприємства, передбачені ГК України. Наприклад, створене фізичною особою унітарне (приватне) підприємство, унітарні підприємства, створені споживчими товариствами, об’єднаннями громадян, релігійними органі-заціями, або корпоративне підприємство (господарське товариство), створене на основі приватної власності юридичної особи, слід відносити до юридичної особи приватного права. Юридичними особами приватного права і суб’єктами господарювання можуть визнаватись також кредитні спілки, благодійні та неприбуткові організації (ст.ст. 130 і 131 ГК України).

Злочини у злочинах у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням професійних послуг мають і загальний суб’єкт злочину –фізична осудна особа з 16-річного віку (ч.ч. 1 і 2 ст. 368-3, ч.ч. 1 і 2 ст. 3684, 369, ч. 1 ст. 369. КК України).

Список використаних джерел

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III// Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 25. - Ст. 131.

2. Андрушко П. П. Злочини у сфері службової діяльності : кримінально-правова характеристика : [навч. підр.] / Андрушко П. П., Стрижевська А. А. – К. : «Юрисконсульт», 2006. – 342 с.

3. Кримінальне право України : Особлива частина. – [Практикум : Навчальний посібник] / За заг. ред. В. К. Матвійчука / В. Д. Гвоздецький, В. К. Матвійчук,

І. О. Харь та ін. – К. : КНТ, 2008. – 256 с.

4. Кримінальне право України. Особлива частина : [Практикум ; Навчальний посібник] / І. П. Козаченко, О. М. Костенко, В. К. Матвійчук та ін. / За заг. ред. В. К. Матвійчика. – К. : «Азімут Україна», 2005. – 384 c

5. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : [навч. посіб.] / В. О. Навроцький. – 2-ге вид. – К. : Юрінком Інтер, 2009. - 512 с.\_\_