**ТЕМА 3. ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА (КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ).**

**План лекції**

1. Поняття, підстави та принципи кримінально-правової кваліфікації.
2. Методологічні основи кваліфікації.
3. Процес кваліфікації.
4. Конкуренція норм і колізія статей закону про кримінальну відповідальність.
5. Кваліфікація кримінального правопорушення з урахуванням стадії його вчинення.
6. Кваліфікація кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті.
7. Кваліфікація множинності кримінальних правопорушень.
8. Розмежування кримінальних правопорушень у ході кримінально-правової кваліфікації.
9. Зміна кримінально-правової кваліфікації.

**Рекомендована література:**

Основна

1. Кримінальне право України (у питаннях та відповідях) : навч. посіб./за заг. ред. д-ра юрид. наук., проф. О. М. Литвинова; Литвинов О. М., Житний О. О., Клемпарський М. М. та ін. Харків: МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. 2016. 328 с.
2. Кваліфікація злочинів у діяльності Національної поліції України : навч. посіб./за заг. ред. О. М. Литвинова ; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків: Константа, 2017. 448 с.
3. Кримінальне право України. (Загальна частина) : підручник/за заг. ред. О. М. Бандурки; А. М. Бабенко, Ю. А. Вапсва, В. К. Грищук та ін. Харків: Вид-во ХНУВС, 2011. 378 с.
4. Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посіб. / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Литвинова та ін. Харків: Право, 2019. 480 с.
5. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Литвинова; Васильєв А,А., Орлов Ю.В. та ін. Харків, 2020. 428 с.
6. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посіб. / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Литвинова; Васильєв А,А., Житний О. О., Гладкова Є.О. та ін. Харків: Право, 2020. 656 с.
7. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. / Г.М. Анісімов, О.О. Володіна, І.О. Зінченко та ін. Харків : Право, 2016. 355 с.
8. Панов, М.І. Загальні засади кваліфікації злочинів : лекція / М.І. Панов. Харків : Право, 2016. 103 с.
9. Баулін, Ю.В. Вибрані праці.  Х. : Право, 2013. 928 с.
10. Кваліфікація злочинів : навч. посібник / за заг. ред. М. І. Панова ; Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого. Харків : Право, 2016.  356 с.

Додаткова

* 1. Борисов В. І., Пащенко О. О. Питання закону про кримінальну відповідальність/ Питання боротьби із злочинністю. Вип. 2006. С. 3-22.
  2. Бурдін В. М. До питання про момент закінчення продовжуваних та триваючих злочинів // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ : наук.-теорет. журн. / Луган. держ. ун-т внутр. справ. 2013. № 1 С. 81 - 95.
  3. Вакула І. Стадії вчинення злочину: історично-правовий аспект / І. Вакула // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : Матеріали 18-ої регіон. наук.-практ. конф. 26-27 січня 2012 р. 2012. С. 284-287.
  4. Маслак Н.В. Підстава кримінальної відповідальності за готування до злочину // Кримінальне право України. 2006. № 4. С. 3-9.
  5. Сураєва В. Кримінальна відповідальність за незакінчений злочин: чи є це законним? // Юридичний журнал. 2006. № 12. С. 19-20.
  6. Савченко А. В. Склад злочину за кримінальним правом України та США. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. 2005. № 2. С. 31-41.
  7. Слугоцька В. М. Поняття та форми співучасті у злочині за українським законодавством  Держава і право: проблеми становлення і стратегія розвитку : зб. матеріалів Міжнар. наук.-практ. конф. (15-16 трав. 2010 р.) / редкол.: С.С. Лукаш (голова) та ін. С. 269 - 272.
  8. Ткаченко В. Форма співучасті як кримінально-правове поняття // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки : наук. вид. 2007. № 74/76 С.144-146.
  9. Пацеля Г .А. Співучасть у злочинах зі спеціальним суб'єктом : магіст. робота ... магістр : 12.00.08 / Г.А. Пацеля.  Х., 2009. 80 с.
  10. Альошин Д. П. Форми співучасті в новому Кримінальному кодексі України: проблеми реалізації правових норм Право і безпека. 2002. № 1.
  11. Устрицька, Н.І. Кваліфікація повторності злочинів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н.І. Устрицька ; Львів. держ. ун-т внутр. справ. - Л., 2011. - 19 с.
  12. Колос, О.В. Специфічні ознаки повторності злочинів у теорії кримінального права Часопис Київського університету права : укр. наук.-теорет. часопис / Київ. ун-т права НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. 2013. № 2 С. 336-340.
  13. Стрижевська, А. Питання співвідношення поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів" у доктрині кримінального права та чинному Кримінальному Кодексі України  Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали X регіон. наук.-практ. конф. (5-6 лют. 2004 р.) / Львів. нац. ун-т ім. І.Франка, Юрид. фак. С. 365-368.
  14. Дудоров О. Кримінально-правові проблеми множинності злочинів Вісник прокуратури : Загальнодерж. фахове юрид. вид. 2010. № 9. С. 50-64.
  15. Правові позиції Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо застосування законодавства у справах кримінальної юрисдикції. Х.: Одіссей, 2013. 448 с.

Інформаційні ресурси в Інтернеті

1. Офіційний сайт Верховної Ради України http:// [www.iportal.rada.gov.ua](http://www.iportal.rada.gov.ua/)
2. Офіційний сайт Кабінету Міністрів України <http://www.kmu.gov.ua>
3. Офіційний сайт МВС України http://www.mvs.gov.ua
4. Офіційний сайт Верховного Суду України http://www.scourt.gov.ua
5. Інформаційне агенство ЛІГАБІЗНЕСІНФОРМ [http://www.lbi.ua](http://www.lbi.ua/)
6. Єдиний державний реєстр судових рішень [http://www.reyestr.court.gov.ua](http://www.reyestr.court.gov.ua/)
7. Юридическая библиотека онлайн  [http://www.lexliber.at.ua](http://lexliber.at.ua/)
8. Юридична бібліотека  [http://www.pravo.biz.ua](http://pravo.biz.ua/)

**1. Поняття, підстави та принципи кримінально-правової кваліфікації.**

Застосування кримінального закону в будь-якому випадку є складною діяльністю, в ході якої вирішується питання про можливість використання абстрактної правової норми щодо конкретного випадку вчинення суспільно небезпечного діяння. Одним з важливих етапів цього процесу є кваліфікація кримінальних правопорушень. Оскільки згідно з ч. 1 ст. 2 КК підставою кримінальної відповідальності є вчинення суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого КК України, то для реалізації цієї відповідальності стосовно особи, яка скоїла певне діяння, необхідно, щоб ознаки останнього точно співпали з характеристиками конкретного кримінального правопорушення, описаними кримінальним законом. Наявність (чи, навпаки, відсутність) такої відповідності і встановлюється в ході кваліфікації кримінального правопорушення, яка образно кажучи, виступає «юридичним діагнозом» для вчиненого суспільно небезпечного діяння.

Умовно діяльність в будь-якій конкретній кримінальній справі може бути поділена на три етапи. Спочатку виявляється та фіксується подія, що може вважатися кримінальним правопорушенням. Далі на підставі фактичних обставин, відшуканих доказів, що їх підтверджують, здійснюється кримінально-правова оцінка скоєного. Лише після цього до особи, діяння якої кваліфіковане як певне кримінальне правопорушення, від імені держави можуть бути застосовані ті чи інші заходи кримінально-правового характеру (засудження й покарання, звільнення від покарання тощо). Таким чином, кваліфікація кримінального правопорушення є ланкою, яка поєднує діяльність з виявлення ознак кримінальних правопорушень та розкриття останніх та діяльність щодо реалізації заходів кримінально-правового впливу. Вміння самостійно, правильно та оперативно кваліфікувати кримінальні правопорушення є показником професійної придатності юриста, який працює у правоохоронних органах, прокуратурі, суді.

Сам термін „кваліфікація” (від. ср. - лат. qualifikatio – лат. quails який, якої якості та facere робити) має кілька значень. В юриспруденції він використовується у значенні «характеристики предмету, явища, віднесення його до певної категорії, групи, класу, розряду”. Отже, «кваліфікація кримінального правопорушення» передбачає віднесення вчиненого діяння за його ознаками й властивостями до певного класу явищ – кримінальних правопорушень та визначення виду вчиненого кримінального правопорушення. Найточніше поняття ***кваліфікації*** кримінального правопорушення розкривається у наступному визначенні: це встановлення та юридичне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння та ознаками складу кримінального правопорушення, передбаченого кримінальним законом.

Для здійснення кваліфікації кримінального правопорушення вимагається цілеспрямована розумова діяльність, в ході якої певний об’єкт, яким є вчинене особою діяння порівнюється, зіставляється з певним еталоном, яким є закріплений у кримінальному законі склад кримінального правопорушення. Таким чином, правовою основою для цієї кваліфікації виступає склад кримінального правопорушення, оскільки він містить найсуттєвіші, типові ознаки того чи іншого конкретного кримінального правопорушення.

Розумова діяльність юриста при здійсненні кваліфікації є по своїй формі логічною. В її основі лежить у першу чергу такий дедуктивний умовивід, як простий категоричний силогізм, де більшим засновком є кримінально-правовий припис, меншим засновком – ознаки скоєного діяння, і на їх підставі робиться висновок про тотожність фактичних ознак вчиненого та ознак певного складу кримінального правопорушення, передбачених кримінально-правовою нормою. Наприклад, при кваліфікації вбивства цей силогізм виглядатиме наступним чином: у ч. 1 ст. 115 КК передбачене вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині (більший засновок), гр.-н А. умисно протиправно заподіяв смерть гр-ну Б (менший засновок); отже, гр-н. А. вчинив вбивство, передбачене ч. 1 ст. 115 КК (висновок). Тому запорукою правильної, точної та законної кваліфікації є детальне й всебічне дослідження всіх обставин вчиненого діяння та ґрунтовні знання кримінального права. Неуважне ставлення фахівця до з'ясування фактичних обставин справи або неякісне оволодіння ним положеннями кримінального закону (зокрема, характеристиками конкретних складів злочинів, системою кримінально-правових норм) тягне помилки в кваліфікації або взагалі нездатність її здійснювати.

Розрізняють ***офіційну*** (легальну) та ***неофіційну*** (доктринальну) ***кваліфікацію***. Легальна здійснюється спеціально уповноваженими суб’єктами (слідчими, прокурорами, суддями) від імені держави та породжує офіційні правові наслідки, пов’язані з порушенням, розслідуванням і судовим розглядом кримінальної справи про кримінальне правопорушення, ухваленням певних процесуальних рішень, притягненням особи до кримінальної відповідальності та реалізацією цієї відповідальності. Неофіційна кваліфікація має місце у випадках, коли кримінально-правова оцінка певного діяння висвітлюється у спеціальній чи навчальній літературі (підручниках, навчальних посібниках, монографіях, наукових публікаціях), виступах на науково-практичних конференціях тощо. Така кваліфікація не тягне офіційних наслідків, водночас вона дозволяє звертати увагу на проблеми застосування кримінального закону, визначати способи їх вирішення, розвивати таким чином кримінальне право. Неофіційною є й кваліфікація кримінального правопорушення, яку виконують особи, що вивчають кримінальне право (курсанти, студенти, слухачі) на практичних заняттях, при виконанні контрольних робіт та інших навчальних завдань. Таким чином набуваються навики для офіційного застосування закону в майбутньому. Власне, головна практична мета вивчення Особливої частини кримінального права і положень Особливої частини Кримінального кодексу і полягає в тому, щоб навчитися правильно кваліфікувати кримінальні правопорушення.

Кваліфікації кримінальних правопорушень притаманні два взаємопов’язані аспекти. З одного боку, це певний процес, що триває в часі – ряд дій, стадій, що, послідовно змінюючись, закономірно завершуються досягненням результату. Водночас, кваліфікація кримінального правопорушення – це й той результат, який досягається по здійсненню зазначеного процесу. Хід процесу кваліфікації спрямований в напрямку більш точного встановлення відповідності вчиненого діяння ознакам конкретного складу кримінального правопорушення, передбаченого певною кримінально-правовою нормою. При цьому уповноважений законом суб’єкт (працівник досудового слідства, прокуратури, суду) визначає приналежність виявленого суспільно небезпечного діяння до кримінально протиправних, з'ясовує, чи відповідають фактичні ознаки, які характеризують скоєне особою суспільно небезпечне діяння, елементам та ознакам конкретного складу кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК, конкретизує вид цього кримінального правопорушення, встановлює, якими кримінально-правовими нормами його передбачено. Умовно процес кваліфікації можна розподілити на кілька ***стадій***:

1. Збір та впорядкування фактичних даних про вчинене діяння, з'ясування можливості віднесення його саме до кримінального правопорушення (а не іншого виду правопорушень чи правомірної поведінки), виділення юридично значимих (таких, що характеризують кожен з елементів складу кримінального правопорушення – об’єкт, об’єктивну та суб’єктивну сторону, суб’єкта) обставин.

2. Визначення групи норм, передбаченим якими складам кримінальних правопорушень можуть відповідати встановлені фактичні обставини. При цьому з усього масиву кримінально-правових норм залишаються лише ті, що містять склади кримінальних правопорушень, ознаки яких відповідають зібраному по справі фактичному матеріалу.

3. Вибір тієї кримінально-правової норми, що містить склад кримінального правопорушення, ознакам якого повною мірою відповідає вчинене діяння. Для цього необхідно розмежувати склади кримінальних правопорушень, що мають схожі ознаки (суміжні склади кримінальних правопорушень), впевнитись в автентичності кримінально-правової норми, за якою кваліфіковано кримінальне правопорушення, вирішити питання про її чинність у часі й просторі.

4. Закріплення висновків щодо кваліфікації кримінального правопорушення. Вони відображаються у процесуальних документах, які складаються у кримінальній справі відповідним органом чи посадовою особою (постанова про порушення кримінальної справи, постанова про притягнення як обвинуваченого, обвинувальний висновок у справі, вирок суду). Так, зокрема, висновки щодо початкової кваліфікації кримінального правопорушення зазначаються в постанові про порушення кримінальної справи, остаточна кваліфікація, здійснена на досудовому слідстві, відображається в обвинувальному висновку, який складає слідчий, кваліфікація кримінального правопорушення судом зазначається ним в обвинувальному вироку. Необхідно зазначити, що слідчий, прокурор, суд керуються у кримінальній справі одночасно і кримінальним (КК) і кримінально-процесуальним (КПК) законодавством. При цьому перше відображає матеріально-правовий зміст, друге – форму кваліфікації кримінального правопорушення. Тому сполучення кримінально-правових етапів з кримінально-процесуальними в діяльності, спрямованій на кваліфікацію кримінального правопорушення, цілком природне. Однак, не слід змішувати стадії кваліфікації зі стадіями кримінальної справи або окремими процесуальними рішеннями, оскільки ці категорії належать до різних галузей права.

Як результат кваліфікація є обґрунтованим матеріалами кримінальної справи висновком про відповідність вчиненого особою діяння конкретній кримінально-правовій нормі чи групі норм. Закріплення результатів кваліфікації кримінального правопорушення відображається в її словесному формулюванні та у формулі кваліфікації. Формула кваліфікації складається як сукупність певних символів (літер та цифр) і містить: назву закону, позначення номеру статті, у разі необхідності – її частини та пункту. Як правило, посилання здійснюється не лише на відповідні норми Особливої частини КК (наприклад, ч. 3 ст. 187 КК або п. 6 ч. 2 ст. 115 КК). Однак, у цій формулі в ряді випадків необхідне посилання й на норми Загальної частини КК (про стадії кримінального правопорушення, про вид співучасника при скоєнні кримінального правопорушення в співучасті). Наприклад, формула кваліфікації пособництва у вчиненні замаху на грабіж виглядатиме таким чином: ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 186 КК. Формула кваліфікації служить стислому та точному посиланню на кримінальний закон.

Процес кваліфікації може бути завершений і висновком про невизнання діяння кримінальним правопорушенням (у випадках невідповідності ознак вчиненого діяння жодному зі складів кримінальних правопорушень, передбачених кримінальним законом).

Кримінально-правова кваліфікація, як і будь-яка цілеспрямована свідома діяльність людини, підпорядковується певним правилам. Ці правила за рівнем їх використання можуть бути класифіковані на

1) загальні, які поширюються на кримінально-правову оцінку будь-якого діяння;

2) типові - що стосуються кваліфікації певних типів кримінально протиправних діянь (попередньої кримінально протиправної діяльності, кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті, повторних кримінальних правопорушень тощо);

3) конкретні - які застосовуються при кваліфікації окремих видів кримінальних правопорушень (крадіжки, тілесних ушкоджень, хуліганства і т.д.).

Положення першого виду прийнято називати її принципами.

Більш детально поняття принципів кримінально-правової кваліфікації можна визначити, як систему науково обґрунтованих, стабільних, таких, що застосовуються свідомо, найбільш загальних правил, на підставі яких здійснюється обґрунтування та процесуальне закріплення висновку про те, чи таке діяння передбачене відповідною статтею (статтями, частиною, пунктом) кримінального закону і відповідно, що воно є (не є) кримінальним правопорушенням чи іншим діянням, передбаченим кримінальним законом.

Разом з тим, питання про те які положення (правила) слід відносити до принципів кваліфікації в теорії так однозначно і не вирішено. Найбільш часто, як принципи кримінально-правової кваліфікації називають такі:

***Принцип законності***. Зміст цього принципу полягає в тому, що кримінально-правова кваліфікація, як вид застосування кримінального закону повинна здійснюватися лише на підставі закону і в точній відповідності до нього. 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, які містяться в законі.

Принцип законності має визначальний вплив на зміст усіх інших принципів кваліфікації, є головним серед них.

***Принцип стабільності*** кримінально-правової кваліфікації. Зміст цього принципу зводиться до того, що в процесі кримінально-правової оцінки діяння має бути прийнято об’єктивне рішення, яке, в ідеалі, не змінюється в ході досудового слідства судового розгляду тощо. Разом із тим, виходячи із прагнення забезпечити стабільність зафіксованих у процесуальних документах висновків про оцінку діяння, чинне законодавство передбачає можливість та певну процедуру зміни кваліфікації на різних стадіях кримінального процесу.

***Принцип офіційності*** кримінально-правової кваліфікації зводиться до того, що така діяльність це прерогатива спеціально на те уповноважених державних органів. Тому й кваліфікація виступає як форма державно-владної діяльності, як діяльність офіційна. Більше того правова оцінка вчиненого є одним з важливих завдань держави, виступає не правом, а обов’язком її компетентних органів. Кримінально-правова кваліфікація спрямована як на визначення правомірності вчиненого з точки зору кримінального закону, так і на забезпечення кримінального переслідування тих, хто вчиняє кримінальні правопорушення. При цьому очевидно, що передумовою застосування щодо особи будь-яких правових заходів, передбачених кримінальним законом, є кваліфікація скоєного від імені держави.

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;

***Принцип повноти*** кримінально-правової кваліфікації. Кваліфікація повинна відображати кримінально-правову оцінку 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 очевидно, що така кваліфікація не буде об’єктивною і правильно.

Необхідність 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.

***Принцип точності*** кримінально-правової кваліфікації. Його дотримання зводиться до того, що кримінально-правова кваліфікація, що має бути проведена у відповідності з законом, є правильною коли вибрано саме те положення, яке передбачає скоєне діяння, а у формулі відображена не лише стаття (статті), а також її (їх) відповідна частина, пункт тощо. У випадку вчинення наприклад незакінченого кримінального правопорушення чи кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті, це також обов’язково має бути відображене у формулі кримінально-правової кваліфікації.

***Принцип індивідуальності*** кримінально-правової кваліфікації. Вказаний принцип кваліфікації безпосередньо виходить із конституційного положення про те, що "юридична відповідальність кожної особи має індивідуальний характер" (ч.2 ст.61 Конституції України). Тому в ході кваліфікації має бути: а) проведена індивідуальна правова оцінка кожного діяння окремо, б) диференційована роль кожної особи у вчиненні кримінального правопорушення.

***Принцип недопустимості подвійного інкримінування***. 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). Виходячи з цього кваліфікація діяння за певною нормою виключає застосування щодо цього ж діяння іншої норми, якщо скоєне повністю отримало кримінально-правову оцінку.

***Принцип об'єктивності*** кримінально-правової кваліфікації. Запорукою об'єктивності кваліфікації є використання в її ході об'єктивно встановлених підстав. Тому при кваліфікації слід виходити з встановлених у процесуальному порядку обставин справи, а не з власних догадок, припущень, уподобань. Водночас необхідно керуватися кримінальним законом, актами його офіційного тлумачення, а не своєю суб'єктивною оцінкою скоєного та розумінням закону, уявленнями про оцінку скоєного потерпілим чи іншими особами.

**2. Методологічні основи кваліфікації.**

У практичній діяльності працівників правоохоронних органів (слідчих, працівників підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю, з економічною злочинністю, з незаконним обігом наркотиків тощо) навики кваліфікації кримінальних правопорушень необхідні для практичного вирішення завдань з охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від кримінально протиправних посягань, запобігання кримінальним правопорушенням, захисту правопорядку.

***Наслідки кваліфікації*** кримінального правопорушення мають юридичні та соціально-політичні аспекти, оскільки стосуються долі конкретних осіб, діяння яких кваліфікуються, стану законності та загальної оцінки результатів діяльності правозастосовних органів. Кваліфікацією зумовлюється сутність, зміст та обсяг обвинувачення, створюються підстави для визнання особи винною у вчиненні конкретного кримінального правопорушення та реалізації щодо неї кримінальної відповідальності (призначення й виконання покарання, звільнення від покарання чи його відбування). Від кваліфікації залежать вид та розмір покарання, що призначатиметься винному вироком суду, адже вони визначатимуться санкцією, яка кореспондує диспозиції норми, згідно якої було кваліфіковано вчинене. За результатами кваліфікації кримінального правопорушення створюються (або виключаються) передумови звільнення особи від кримінальної відповідальності. Так, наприклад, згідно із ст. 45 КК у зв’язку з дійовим каяттям звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вперше вчинила кримінальний проступок або необережний нетяжкий злочин, а чи є кримінальне правопорушення таким може бути визначене лише після точної кваліфікації вчиненого. Від того, як було кваліфіковано діяння, залежать й інші його кримінально-правові наслідки (умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, обчислення строків погашення судимості та строків давності тощо).

Невірна кваліфікація тягне грубі порушення прав громадян, найбільш небезпечним з яких є визнання наявності складу кримінального правопорушення в поведінці невинуватої особи. Порушенням закону є й невірна кваліфікація, коли щодо діяння застосовується норма, яка не відповідає складу кримінального правопорушення, який насправді вчинено особою. Помилкова кваліфікація може потягти й невизнання кримінальним правопорушенням діяння, яке є таким по суті, що сприяє ухиленню від кримінальної відповідальності особи, яка порушила кримінальний закон. В таких випадках штучно збільшується латентна кримінальна протиправність та викривляється статистика зареєстрованих в державі кримінальних правопорушень.

Помилки, які допускаються правозастосовними органами при кваліфікації, знижують авторитет держави, здатні породити впевненість у безкарності осіб, що вчиняють кримінальні правопорушення чи, навпаки, про необґрунтовану суворість, несправедливість державної влади.

Кваліфікація кримінального правопорушення обумовлює вирішення багатьох кримінально-процесуальних питань у кримінальній справі. Зокрема, вона визначає підслідність кримінальної справи.

Невірна кваліфікація кримінального правопорушення може стати підставою для скасування найважливіших рішень, ухвалених в кримінальній справі. Так, наприклад, вирок чи постанову суду може бути скасовано у зв’язку з неправильним застосуванням кримінального закону, під яким мається на увазі незастосування судом кримінального закону, який підлягає застосуванню, застосування кримінального закону, який не підлягає застосуванню, неправильне тлумачення закону, яке суперечить його точному змісту.

**3. Процес кваліфікації.**

Поняття підстав кримінально-правової кваліфікації визначається як правові явища, виходячи з яких здійснюється кримінально-правова оцінка діяння, те, що лежить в її основі.

В теорії кримінального права прийнято виділяти ***фактичну і юридичну 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 вважатись підставою кримінально-правової кваліфікації, такою підставою є інформація про таке діяння, і не просто інформація, а лише підтверджена доказами. Здогадки, припущення в жодному випадку не можуть складати фактичну підставу кваліфікації кримінального правопорушення.

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

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 підпорядковане меті кваліфікації діяння – дати об’єктивну оцінку скоєному особою діянню з позиції кримінального закону.

Доказуванню обов'язково підлягають ті фактичні ознаки кримінального правопорушення, які прямо вказані в диспозиції статті Особливої частини КК, а у випадку, якщо є підстави вважати, що діяння не є кримінальним правопорушенням – ознаки які обґрунтовують такий висновок (відсутність ознак суб’єкта, дотримання умов необхідної оборони тощо).

Кваліфікація може бути проведена лише тоді, коли встановлені всі обов'язкові фактичні обставини справи. Неповнота встановлення фактичних обставин може або взагалі виключити можливість юридичної оцінки скоєного, або ж тягне за собою неправильну кваліфікацію.

Встановлення фактичних обставин здійснюється шляхом збирання, перевірки та оцінки доказів. При кваліфікації можуть враховуватися лише ті фактичні обставини справи, які закріплені доказами, що належно процесуально оформленні.

Окрім цього, слід наголосити, що відповідно до положень ЗУ від 18 лютого 1992 р. "Про оперативно-розшукову діяльність" матеріали такої діяльності використовуються для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Однак для того, щоб такі матеріали бути використані при кримінально-правовій кваліфікації, вони повинні або перевірятися слідчим шляхом, або ж бути отримані з відповідної санкції у встановленому порядку.

Питання ж про те, що слід розуміти під юридичною підставою кримінально-правової кваліфікації не знайшло однозначного вирішення в літературі. Одні автори називають такою підставою склад кримінального правопорушення, інші вважають нею кримінально-правову норму, треті сам кримінальний закон.

Визнання юридичною підставою кримінально-правової кваліфікації складу кримінального правопорушення є не зовсім точним, адже як вже відзначалося, кримінально-правова кваліфікація не зводиться лише до кваліфікації кримінальних правопорушень. Кримінально-правова кваліфікація включає в себе в рівній мірі як доведення наявності ознак конкретного складу кримінального правопорушення, так і відсутність таких ознак (кваліфікація не кримінальних правопорушень).

Навряд чи можна безумовно погодитися і з позицією, що юридичною підставою кваліфікації виступає кримінально-правова норма, принаймні з тих міркувань, що питання про її сутність залишається дискусійним.

Найбільш правильним видається підхід, що юридичною підставою кримінально-правової кваліфікації виступають статті Загальної та Особливої частини КК. Саме вони відображаються, в кінцевому результаті у формулі кримінально-правової кваліфікації.

Разом з тим, не слід забувати, що для з’ясування змісту статей КК в багатьох випадках необхідно звертатися і до інших джерел, які називають додатковими юридичними підставами кримінально-правової кваліфікації.

В теорії кримінального права існує думка, що положення Загальної частини кримінального права використовуються при розгляді будь-якого кримінального правопорушення. Проте, щодо кваліфікації існує і протилежна позиція, що статті Загальної частини при кваліфікації використовуються (вказуються) лише в тих випадках, коли вони уточнюють оцінку вчиненого (кваліфікація діянь співучасника, незакінченого кримінального правопорушення тощо).

Більш правильним видається підхід поділяти статті Загальної частини КК на три групи:

- до яких при кваліфікації скоєного не звертаються ніколи;

- статті, які використовуються в зв'язку з кваліфікацією окремих видів діянь;

- статті, які використовуються при кваліфікації будь-якого діяння.

До першої групи відносяться більшість статей Загальної частини, які регламентують питання покарання, його призначення, звільнення від покарання та його відбування тощо.

Більшість статей Загальної частини про кримінальне правопорушення використовується в зв'язку з кваліфікацією не всіх, а тільки окремих видів діянь. До таких статей відносяться, наприклад, ст. 14, 15, 24, 25, 27 КК.

Натомість статті, які регламентують наприклад осудність (ст. 19 КК), вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 22 КК) тощо використовуються при кваліфікації всіх кримінальних правопорушень.

Слід також зазначити, що хоча вітчизняне право відноситься до так званої континентальної системи права, в якій головним джерелом права є нормативно-правові акти, безперечно важливу роль в процесі кримінально-правової кваліфікації відіграє правозастосовна практика.

Положення правозастосовної практики існують у вигляді як неписаних, так і формалізованих приписів. В першій формі - це положення, які передаються від досвідчених працівників до початківців, поширюються серед колег одного рівня. В другій формі практика існує як:

- постанови ПВСУ з тих чи інших категорій кримінальних справ;

- узагальнення практики застосування законодавчих норм стосовно певних категорій кримінальних правопорушень;

- листи, роз'яснення, відповіді на запитання, що надходять до керівних правоохоронних органів;

- методичні вказівки щодо розслідування, розгляду окремих категорій кримінальних справ.

При цьому слід відзначити, що роз'яснення ВСУ з питань застосування законодавства, де-юре є актами тлумачення кримінального закону, а де-факто сприймаються суддями та працівниками правоохоронних органів на рівні з законом.

Від підстав кримінально-правової кваліфікації слід відрізняти підстави перекваліфікації, якими можуть виступати:

А) зміна обсягу процесуально встановленої інформації про факти, які підлягають кримінально-правовій оцінці;

Б) зміна кримінального закону внаслідок якої новий кримінальний закон набуває зворотної сили. Причому зміна кваліфікації може бути здійснена й у справах, де вироки вже винесені;

В) помилка, або виявлені зловживання працівників, які здійснюють кримінально-правову кваліфікацію.

Г) зміна правил кваліфікації того чи іншого діяння.

**4. Конкуренція норм і колізія статей закону про кримінальну відповідальність.**

Нерідко при кримінально-правовій оцінці одного діяння з'ясовується, що воно одночасно відображене в кількох (двох або більше) нормах Особливої частини КК. У цьому зв’язку виникає потреба вирішити, якому з цих приписів при кваліфікації кримінального правопорушення необхідно надати пріоритет. Такі випадки є конкуренцією норм, яка означає, що виявлене діяння відповідає ознакам кримінальних правопорушень, передбаченим кількома різними кримінально-правовими нормами.

При конкуренції декілька норм Особливої частини одночасно претендують на застосування до одного й того ж кримінально протиправного діяння. Так, наприклад, у відносинах конкуренції можуть перебувати норми Особливої частини, що передбачають таємне викрадення чужого майна (ст. 185 КК) та викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (ст. 262 КК); конкуренцію можуть утворити норми про перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК) та про примушування давати показання (ст. 373 КК).

Кримінальний закон не містить правил вирішення конкуренції норм. Вони, як й інші правила кваліфікації, вироблені теорією кримінального права, слідчою та судовою практикою (зокрема, ряд рекомендацій щодо кваліфікації при конкуренції норм містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України).

Найбільш відомими є ***конкуренція загальної та спеціальної норми*** та ***конкуренція частини й цілого***. Конкуренцією загальної та спеціальної норми є випадки, коли діяння відповідає ознакам кримінальних правопорушень, передбачених нормами, одна з яких описує діяння з вищим ступенем узагальнення (може бути застосована до ширшого кола діянь), інша – з нижчим ступенем (може застосовуватися лише до деяких діянь з цього кола). Спеціальна норма передбачає склад кримінального правопорушення, в якому ознаки, що містяться в загальній нормі, мають конкретніший зміст або якому притаманна додаткова ознака, відсутні у складі, передбаченому загальною нормою. Тому спеціальна норма деталізує, конкретизує, звужує коло кримінально протиправних діянь, які можуть бути кваліфіковані за нею. Наприклад, ст. 378 «Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного» є спеціальною стосовно ст. 194 «Умисне знищення або пошкодження майна», оскільки може бути застосована лише до деяких випадків умисного знищення або пошкодження майна (в яких потерпілим є певна особа – суддя, присяжний тощо, а посягання вчинене у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя). Таким чином, ст. 378 КК порівняно зі ст. 194 КК має певну «спеціалізацію». За загальним правилом, при такому виді конкуренції вчинене кваліфікується за спеціальною нормою.

Різновидом конкуренції загальної і спеціальної норм є конкуренція норми, що передбачає основний склад кримінального правопорушення та норми, що містить кваліфікований (особливо кваліфікований) склад кримінального правопорушення. При такій конкуренції застосовується норма, що містить кваліфікований (особливо кваліфікований) склад. Так, шахрайство, вчинене за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 190) має всі ознаки, притаманні основному складу шахрайства (ч. 1 ст. 190 КК) і, в принципі, могло б бути кваліфіковане за цією частиною. Однак, наявність додаткової ознаки «за попередньою змовою групою осіб» вимагає визнати більш точною кваліфікацію за нормою, в якій зазначена ознака врахована (ч. 2 ст. 190 КК). Аналогічним чином вирішується й питання про кваліфікацію, коли конкурують норми про основний склад та про привілейований склад кримінального правопорушення: вчинене необхідно кваліфікувати за нормою, яка передбачає привілейований склад кримінального правопорушення. При конкуренції норм, одна з яких передбачає привілейований, а інша – кваліфікований склад, пріоритет при кваліфікації віддається першій. Це правило підтверджене й судовою практикою. Так, Пленум Верховного Суду в абз. 3 п. 8 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» вказав, що умисне вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК), або матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117 КК), або при перевищенні меж необхідної оборони чи в разі перевищення заходів, необхідних для затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення (ст. 118 КК), кваліфікується тільки за цими статтями КК, навіть якщо воно й мало ознаки особливої жорстокості (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК).

Конкуренція частини й цілого виникає у випадках, коли вчинене кримінальне правопорушення описано кількома кримінально-правовими нормами з різним ступенем повноти: одна норма Особливої частини охоплює вчинене діяння повністю, інша – лише частково. При такому виді конкуренції застосовується та норма, яка з більшою повнотою передбачає ознаки вчиненого кримінального правопорушення.

Від конкуренції норм слід відрізняти їх колізію. Якщо про конкуренцію ідеться там, де при застосуванні кримінального закону з’ясовується, що діяння одночасно відповідає ознакам, описаним в кількох нормах, то колізія виникає при неузгодженості норм, коли дві норми суперечать одна одній, по-різному вирішуючи одне й те ж питання. Наявність такого явища, як конкуренція, обумовлена особливостями сучасної законодавчої техніки, потребою диференціювати відповідальність за окремі види кримінально протиправних діянь. Колізія ж свідчить про недоліки системи кримінального законодавства.

Кваліфікація при конкуренції норм має певну схожість з кваліфікацією при сукупності кримінальних правопорушень, яка передбачає вчинення особою щонайменше двох кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями (частинами статті) Особливої частини КК. При сукупності кримінальних правопорушень кожне з діянь, які входять до неї, отримує самостійну кримінально-правову оцінку, підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини КК (ч. 2 ст. 33 КК). Найістотніше конкуренція норм Особливої частини близька з ідеальною сукупністю кримінальних правопорушень, коли одним діянням особа вчиняє два або більше кримінальні правопорушення. У цьому випадку, хоч фактично у поведінці особи вбачається один акт суспільно небезпечної дії (бездіяльності), але з точки зору юридичного змісту вона містить кілька самостійних складів кримінальних правопорушень. Наприклад, серед різноманітних способів втягнення неповнолітніх у протиправну чи іншу антигромадську діяльність найбільш небезпечним є примушування до вчинення конкретного суспільно небезпечного діяння. У випадках, коли таке примушування супроводжувалося мордуванням, катуванням, заподіянням середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень, погрозою вбивством, умисним знищенням або пошкодженням майна тощо, відповідальність повинна наставати за сукупністю вчинених кримінальних правопорушень (п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 27.02.2004 р. «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність»).

При кваліфікації кримінальних правопорушень за сукупністю важливо передусім відмежувати ті одиничні кримінальні правопорушення, які входять до цієї форми множинності. В основі одиничного кримінального правопорушення лежить одне діяння, що містить лише один склад кримінального правопорушення. Отже, не матиме місце сукупність кримінальних правопорушень у випадках, коли особа вчиняє кілька окремих, в т.ч. відділених у часі діянь, якщо вони є виконанням особою одного й того ж складу кримінального правопорушення. Наприклад, не сукупністю, а одиничним кримінальним правопорушенням є вчинення особою послідовно придбання і зберігання одного й того самого предмету (вогнепальної зброї), якщо вони охоплюються єдиним умислом винного, – ці різнорідні діяння кваліфікуватимуться як одиничне кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 263 КК. Не вважається сукупністю кримінальних правопорушень або конкуренцією норм і вчинення суб’єктом двох або більше різнорідних діянь, охоплених єдиним умислом, які в розвиток його посягають на один і той самий об’єкт, навіть якщо кожне з цих діянь входить до об’єктивної сторони різних складів кримінальних правопорушень. Зокрема, дії, розпочаті як крадіжка, але виявлені потерпілим чи іншими особами і, незважаючи на це, продовжені винною особою з метою заволодіння майном або його утримання, належить кваліфікувати як грабіж, а у разі застосування насильства чи висловлювання погроз його застосування – залежно від характеру насильства чи погроз як грабіж чи розбій (абз. 3 п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 10 від 06.11.09 р. «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

1. **Кваліфікація кримінального правопорушення** **з урахуванням стадії його вчинення.**

Частина 1 cт. 14 передбачає, що***готуванням до кримінального правопорушення*** є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення кримінального правопорушення, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення. При цьому кримінальне правопорушення не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного.

***З об’єктивної сторони готування до*** кримінального правопорушення може проявлятися у різноманітних діяннях, але спільним для них є те, що всі вони передбачають створення умов для вчинення конкретного закінченого кримінального правопорушення. Проте воно не доводиться до кінця, припиняється з причин, що не залежали від волі винного. Наприклад, останнього затримали органи влади чи інші обставини перешкодили завершити кримінальне правопорушення.

***Із суб’єктивної сторони готування до кримінального правопорушення*** можливе лише з прямим умислом, тобто винний усвідомлює, що він створює умови з метою вчинення певного кримінального правопорушення і бажає створити такі умови. При цьому він має намір не обмежуватися тільки готуванням до кримінального правопорушення, яке може бути закінченим і незакінченим, а вчинити такі дії, які призведуть до закінчення кримінального правопорушення, але йому не вдається реалізувати свій умисел, зробити це, довести кримінальне правопорушення до кінця з причин, що не залежали від його волі. Але, на відміну від замаху, при готуванні ще не має безпосереднього посягання на об’єкт.

Готування як стадія вчинення кримінального правопорушення має місце лише тоді, коли особа готується до вчинення конкретного кримінального правопорушення, має намір у подальшому довести свій кримінально протиправний умисел до кінця, тобто вчинити конкретне кримінальне правопорушення. Тому не можна розглядати у якості готування випадки, коли особа передбачає взагалі скоїти яке-небудь кримінальне правопорушення і готується (наприклад, виготовляє ніж) «на всякий випадок», вважаючи, що даний предмет «може колись знадобитися». У таких випадках дії особи не є однією із складових етапів єдиного кримінального правопорушення.

Відповідно до ч. 1 ст. 14 КК готування до кримінального правопорушення виявляється ***в таких формах:***

а) підшукування засобів чи знарядь для вчинення кримінального правопорушення;

б) пристосування засобів чи знарядь для вчинення кримінального правопорушення;

в) підшукування співучасників;

г) змова щодо вчинення кримінального правопорушення;

д) усунення перешкод;

є) інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення.

***Підшукування засобів чи знарядь для вчинення кримінального правопорушення*** — це будь-які дії щодо придбання, одержання, тимчасового запозичення, купівлі, пошуку, винайдення тощо засобів чи знарядь для вчинення кримінального правопорушення.

Це як законні способи (покупка, заїм), так і незаконні способи (наприклад, шляхом викрадення). Засоби та знаряддя або необхідні для вчинення кримінального правопорушення, або полегшують чи прискорюють його вчинення. Наприклад: підроблені документи для шахрайства, одурманюючі речовини для зґвалтування та ін.

***Засоби вчинення*** ***кримінального правопорушення*** — це предмети матеріального світу, що застосовуються особою, яка вчиняє кримінальне правопорушення, при вчиненні суспільно небезпечного діяння.Вони поділяються на знаряддя та інші засоби вчинення кримінального правопорушення. ***Знаряддя***— це предмети, використовуючи які особа справляє фізичний (як правило, руйнівний) вплив на матеріальні об’єкти (вогнепальна і холодна зброя, інструменти, транспортні засоби, пристрої, технічне устаткування тощо). До інших засобів вчинення кримінального правопорушення (засоби у вузькому значенні слова) можуть бути віднесені підроблені документи, формений одяг тощо.

***Пристосування засобів чи знарядь для вчинення кримінального правопорушення —***це будь-які дії щодо виготовлення або зміни предметів, унаслідок чого вони стають придатними, більш зручними або більш ефективними для відповідного застосування.

***Підшукування співучасників* —** це будь-які дії щодо притягнення, залучення до вчинення кримінального правопорушення інших осіб: виконавця (співвиконавця), організатора, підмовника або пособника.

***Змова на вчинення кримінального правопорушення —*** це попередній зговір двох або більше осіб з метою спільного вчинення кримінального правопорушення.

***Усунення перешкод***— це ліквідація перешкод, позбавлення від перепон, які заважають вчиненню кримінального правопорушення, здійсненню кримінально протиправного наміру.

***Інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення*** *—* це найрізноманітніші дії, що створюють можливість для вчинення кримінального правопорушення. Наприклад: підготовка місця вчинення кримінального правопорушення, сховища для приховування викраденого, запобігання розкриттю запланованого кримінального правопорушення, бо вони роблять можливим його вчинення, тощо.

***Із суб’єктивної сторони готування до кримінального правопорушення*** можливе лише з прямим умислом, тобто винний усвідомлює, що він створює умови з метою вчинення певного кримінального правопорушення і бажає створити такі умови. При цьому він має намір не обмежуватися тільки готуванням до кримінального правопорушення, яке може бути закінченим і незакінченим, а вчинити такі дії, які призведуть до закінчення кримінального правопорушення, але йому не вдається реалізувати свій умисел, зробити це, довести кримінальне правопорушення до кінця з причин, що не залежали від його волі.

Готування до кримінального правопорушення слід відмежовувати від виявлення умислу. Під виявленням умислу розуміють прояв особою в той чи інший спосіб (усно, письмово, іншим шляхом) наміру вчинити певне кримінальне правопорушення. Відповідно до ст. 11 КК кримінальним правопорушенням визнається передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія чи бездіяльність), вчинене суб’єктом кримінального правопорушення. Воно посягає на об’єкт, який перебуває під охороною закону. Тому і початкова стадія вчинення кримінального правопорушення може бути проявлена лише в суспільно небезпечній дії чи бездіяльності. При виявленні умислу відсутні самі дія чи бездіяльність, тому виявлення умислу не розглядається як стадія вчинення кримінального правопорушення і не тягне за собою кримінальної відповідальності.

Від виявлення умислу слід відрізняти такі самостійні кримінальні правопорушення, як погроза вбивством (ст. 129 КК), погроза знищення майна (ст. 195 КК), погроза вчинити викрадання або використати радіоактивні матеріали (ст. 266 КК), погроза щодо працівника правоохоронного органу (ч. 1 ст. 345).

Відповідно до ч. 1 ст. 15 КК **замахом на кримінальне правопорушення** **є**вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу, якщо при цьому кримінальне правопорушення не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі.

Замах на кримінальне правопорушення є проміжною стадією його вчинення, видом незакінченого кримінального правопорушення.

***Об’єктивні ознаки замаху на кримінальне правопорушення*** ***такі:***

1) Вчинення діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення кримінального правопорушення. Характерною особливістю замаху, що відрізняє його від готування, є те, що при замаху об'єкт кримінального правопорушення ставиться під безпосередню загрозу заподіяння йому шкоди; вже вчинені дії, що входять в об'єктивну сторону кримінального правопорушення. Але при замаху, на відміну від закінченого кримінального правопорушення, бракує деяких ознак об'єктивної сторони кримінального правопорушення: кримінально протиправного результату, вказаного у відповідній статті Особливої частини КК, або повного завершення всіх дій, що утворюють об'єктивну сторону кримінального правопорушення.

2) Недоведення кримінального правопорушення до кінця. Саме незавершеність відрізняє замах від закінченого кримінального правопорушення і є однією з підстав для виділення його в самостійну стадію. Вона не одержує свого повного розвитку, тобто повною мірою не здійснена. Особа або не виконує всіх дій, що утворюють об’єктивну сторону (наприклад, вбивця не встиг завдати удару потерпілому чи натиснути на курок; винному не вдалося створити злочинну організацію (ст. 255 КК), банду (ст. 257 КК), або ж не настають наслідки, зазначені у відповідній статті КК (наприклад, смерть потерпілого не настала, бо вбивця промахнувся чи завдав лише незначного поранення).

3) Причини недоведення кримінального правопорушення до кінця не залежать від волі винного. Причини недоведення кримінального правопорушення до кінця можуть бути різними (опір жертви, невміння користуватися зброєю, затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення тощо). Якщо кримінальне правопорушення не доведено до кінця з власної волі особи, кримінально караний замах на кримінальне правопорушення відсутній внаслідок добровільної відмови (ст. 17 КК). Причини, з яких кримінальне правопорушення не було доведено до кінця, повинні бути виявлені та вказані. У разі визнання підсудного винним у замаху на вчинення кримінального правопорушення у вироку необхідно вказати причини, з яких кримінальне правопорушення не було доведено до кінця.

У законодавчому визначенні замаху міститься важливе вказівка на те, що замахом на кримінальне правопорушення визнається умисна дія. Тим самим підкреслюється основна суб'єктивна ознака замаху. Замах на кримінальне правопорушення є характерним тільки для умисної протиправної діяльності. Не може бути замаху, так само як і готування, при вчиненні кримінального правопорушення з необережності. Особа, яка робить спробу вчинити кримінальне правопорушення, прагнучи досягти його завершення, не може діяти необережно. У цих випадках доречно говорити лише про умисел особи. Замах, так само як і готування, можливе лише за наявності прямого умислу.

***Види замаху на*** ***кримінальне правопорушення*.** Замах на кримінальне правопорушення поділено законодавцем за суб’єктивним критерієм на закінчений (ч. 2 ст. 15 КК) та незакінчений (ч. 3 ст. 15 КК), тобто за ставленням самого винного до вчинених ним діянь, за його власним уявленням про ступінь виконання його діяння у вчиненні кримінального правопорушення.

Відповідно до ч. 2 ст. 15 КК ***замах на кримінальне правопорушення*** ***є закінченим****,* якщо особа виконала усі дії, які вважала необхідними для доведення кримінального правопорушення до кінця, але кримінальне правопорушення не було закінчено з причин, які не залежали від її волі.

Закінчений замах на кримінальне правопорушення свідчить про невдалу спробу вчинити закінчене кримінальне правопорушення. Тому його нерідко називають невдалим замахом на кримінальне правопорушення.

Згідно з ч. 3 ст. 15 КК ***замах на кримінальне правопорушення є незакінченим****,* якщо особа з причин, що не залежали від її волі, не вчинила усіх дій, які вважала необхідними для доведення кримінального правопорушення до кінця. Незакінчений замах на кримінальне правопорушення іноді називають перерваним. Наприклад, викрадач (крадій) був затриманий як тільки проник у житло або при нападі для вбивства з рук винного було вибито зброю.

Залежно від придатності об’єкта (предмета) і засобів посягань розрізняють придатний замах на кримінальне правопорушення і непридатний замах. Останній, у свою чергу, поділяється на такі: замах на непридатний об’єкт і замах з непридатними засобами. Таким самим може бути і непридатне готування до кримінального правопорушення.

***Замах на непридатний об’єкт***(він може бути закінченим або незакінченим) можливий тоді, коли об’єкт (предмет) не має необхідних властивостей (ознак) або зовсім відсутній, внаслідок чого винний не може довести кримінальне правопорушення до кінця. Особа припускається фактичної помилки, що і позбавляє її можливості довести кримінальне правопорушення до кінця. Це, наприклад, спроба крадіжки з порожнього сейфа чи порожньої кишені; постріл у труп, помилково прийнятий за живу людину; викрадення предмета, помилково прийнятого за вибухові речовини чи наркотичні засоби.

***Замах із непридатними засобами***(він також може бути як закінченим, так і незакінченим) є тоді, коли особа помилково чи через незнання застосовує такі засоби, за допомогою яких внаслідок їх об’єктивних властивостей неможливо завершити кримінальне правопорушення. При цьому засоби можуть бути як абсолютно, так і відносно непридатними для заподіяння шкоди. Абсолютно непридатними вважаються засоби, використання котрих за будь-яких умов (обставин) не може привести до закінчення кримінального правопорушення (наприклад, спроба отруїти людину речовиною, помилково прийнятою за отруту).

Згідно з ч. 1 ст. 17 КК ***добровільною відмовою є***остаточне припинення особою за своєю волею готування до кримінального правопорушення або замаху на кримінальне правопорушення, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення кримінального правопорушення до кінця.

***Ознаками добровільної відмови від кримінального правопорушення*** ***є:***

а) остаточне припинення особою готування до кримінального правопорушення або замаху на кримінальне правопорушення;

б) відмова від кримінального правопорушення за волею самої особи;

в) наявність у особи усвідомлення можливості довести кримінальне правопорушення до кінця.

***Остаточне припинення готування до кримінального правопорушення*** ***або замаху на кримінальне правопорушення*** означає повну (цілковиту) відмову від доведення кримінального правопорушення до кінця, тобто дійсну і безповоротну відмову особи від вчинення задуманого нею кримінального правопорушення і відсутність наміру його продовжити. Перерва у вчиненні кримінального правопорушення, його зупинення, тимчасова відмова від доведення його до кінця не створюють добровільної відмови від кримінального правопорушення, бо не припиняються загроза, небезпека заподіяння шкоди охоронюваному кримінальним законом об’єкту. Наприклад, злодій, який усвідомлює, що лише з великими зусиллями зможе відкрити сейф з грошима тим інструментом, який у нього є, і призупиняє розпочатий злочин, щоб принести інший інструмент, не може бути визнаний особою, яка добровільно відмовилася від крадіжки. Лише остаточне припинення доведення кримінального правопорушення до кінця свідчить про добровільну відмову від вчинення кримінального правопорушення.

Не є добровільною відмовою від кримінального правопорушення і відмова від повторення посягання після закінченого замаху на кримінальне правопорушення, оскільки винний зробив усе, що він вважав за необхідне для вчинення кримінального правопорушення, але з незалежних від нього причин кримінальне правопорушення не було доведено до кінця і, зокрема, не настали суспільно небезпечні наслідки в кримінальних правопорушеннях з матеріальним складом. Наприклад, немає добровільної відмови від доведення кримінального правопорушення до кінця при відмові винного від спроби повторного пострілу в потерпілого у зв’язку з осічкою чи промахом, і винний підлягає кримінальній відповідальності за замах на вбивство. Тут уже перший постріл становить закінчений замах на вбивство, тому добровільна відмова повністю виключається.

***Недоведення кримінального правопорушення*** ***до кінця з власної (своєї) волі особи*** означає самостійне, усвідомлене прийняття винною особою рішення про остаточне припинення готування або замаху на кримінальне правопорушення. Ініціатива добровільної відмови може виходити не тільки від винного, але й від інших осіб (жертви, близьких, знайомих). При цьому остаточне рішення повинне бути за особою, що безпосередньо вчиняє суспільно небезпечне посягання.

Мотиви, якими керується особа під час добровільної відмови, можуть бути різними, однак не впливають на вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності.

***Наявність у особи усвідомлення можливості довести кримінальне правопорушення*** ***до кінця.***Особа вважає, що немає причин (обставин), які вона не в змозі перебороти (подолати) для закінчення розпочатого нею кримінального правопорушення, і їй вдасться в даних конкретних умовах успішно його завершити. Добровільна відмова можлива тільки у випадку, коли особа, відмовляючись від продовження кримінально протиправних дій, усвідомлює можливість реального їх продовження й доведення кримінального правопорушення до кінця. Особа розуміє, що відсутні будь-які непереборні перешкоди для реалізації свого кримінально протиправного наміру в повному обсязі. Наприклад, винний з метою зґвалтування потерпілої довів її до безпорадного стану, застосувавши алкогольні напої чи наркотики, і, усвідомлюючи, що він може довести кримінальне правопорушення до кінця та ніхто йому не перешкодить це зробити, пожалів жертву і відмовився від зґвалтування.

Добровільна відмова від кримінального правопорушення можлива тільки в незакінченому кримінальному правопорушенні, лише до моменту закінчення кримінального правопорушення, бо тільки в цьому разі особа може ліквідувати (припинити) створену нею небезпеку заподіяння шкоди об’єкту, який охороняється кримінальним законом. Добровільна відмова виключається на стадії закінченого кримінального правопорушення, бо є всі елементи та ознаки складу кримінального правопорушення і відмовитися від завершеного посягання вже неможливо, воно незворотне.

На стадії готування до кримінального правопорушення добровільна відмова можлива в усіх випадках, причому у формі простої бездіяльності. Утримання від подальших дій щодо створення умов для вчинення кримінального правопорушення припиняє небезпеку для об’єкта, який охороняється кримінальним законом, і виключає можливість заподіяння йому шкоди, вчинення кримінального правопорушення. При цьому можуть бути здійснені і якісь дії щодо ліквідації створених умов для вчинення кримінального правопорушення. Проте вони не є обов’язковими і не мають значення для встановлення добровільної відмови від кримінального правопорушення (наприклад, особа знищує придбану зброю, пристосований засіб або знаряддя кримінального правопорушення).

На стадії незакінченого замаху на кримінальне правопорушення добровільна відмова, як і при готуванні до кримінального правопорушення, можлива завжди. Тут також досить утримання від подальших дій, безпосередньо спрямованих на вчинення кримінального правопорушення.

На стадії закінченого замаху на кримінальне правопорушення добровільна відмова можлива тільки в тих випадках, коли між вчиненим діянням та ймовірним настанням суспільно небезпечних наслідків є певний проміжок часу, у ході якого особа контролює розвиток причинного зв’язку, може втрутитись і перешкодити настанню суспільно небезпечного наслідку. Наприклад: особа штовхнула потерпілого у водоймище з метою позбавлення його життя, а потім врятувала його; суб’єкт залишив увімкнену електроплитку з метою вчинити пожежу, а коли загоряння виникло, загасив вогонь. Добровільна відмова в цих випадках можлива лише завдяки активним діям.

Якщо зазначеного проміжку часу між діянням і наслідком немає або розвиток причинного зв’язку вже закінчився, добровільна відмова на стадії закінченого замаху на кримінальне правопорушення неможлива; тут може мати місце лише відмова від поновлення (повторення) спроби вчинити кримінальне правопорушення.

Відповідно до ч. 2 ст. 17 КК особа, яка добровільно відмовилася від доведення кримінального правопорушення до кінця, не підлягає кримінальній відповідальності за вчинені нею готування до кримінального правопорушення або замах на кримінальне правопорушення. У зв’язку з цим дана норма має велике значення для запобігання закінченню кримінальних правопорушень, бо сприяє відмові від продовження і завершення розпочатого особою кримінального правопорушення. Положення зазначеної норми про добровільну відмову можуть бути використані й іншими особами для запобігання кримінальним правопорушенням.

Якщо в діянні (дії чи бездіяльності), яке вчинено особою до добровільної відмови, вже міститься склад іншого закінченого кримінального правопорушення, кримінальна відповідальність настає за це посягання, а за добровільно припинені готування до кримінального правопорушення або замах на кримінальне правопорушення дана особа до відповідальності не притягається. Наприклад, особа, яка незаконно виготувала зброю для вбивства і добровільно відмовилася від вбивства, але не здала зброю органам влади, не підлягає відповідальності за готування до вбивства, але відповідатиме за ст. 263 КК за незаконне виготовлення зброї. Так само особа, яка спричинила потерпілій тілесне ушкодження з метою зґвалтування і добровільно відмовилася від доведення цього злочину до кінця, не підлягає відповідальності за замах на зґвалтування, але відповідатиме за спричинене тілесне ушкодження.

Добровільна відмова від кримінального правопорушення відрізняється від дійового каяття при вчиненні кримінального правопорушення.

***Дійове каяття –*** це такі дії особи, які свідчать про щирий осуд вчиненого нею кримінального правопорушення і про прагнення заладнати його наслідки.

Об’єктивною ознакою дійового каяття є певна активна поведінка особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а суб’єктивною ознакою — щирий осуд винним своїх дій (тому ці дії і мають таку назву).

Дійове каяття може виявитися в різних видах, а саме: а) запобігання шкідливим наслідкам вчиненого кримінального правопорушення; б) відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди; в) сприяння розкриттю кримінального правопорушення; г) з’явлення із зізнанням; ґ) інші подібні дії, що пом’якшують наслідки вчиненого кримінального правопорушення і відповідальність за нього.

Дійове каяття суттєво відрізняється від добровільної відмови від доведення кримінального правопорушення до кінця. Добровільна відмова від кримінального правопорушення можлива лише при незакінченому кримінальному правопорушенні. Дійове каяття має місце як при незакінченому, так і при закінченому кримінальному правопорушенні. Добровільна відмова від кримінального правопорушення може виявлятися й у бездіяльності, у простому утриманні від подальшого вчинення кримінального правопорушення, а дійове каяття завжди вимагає тільки активної поведінки. Добровільна відмова від кримінального правопорушення можлива тільки від кримінальних правопорушень, вчинених з прямим умислом. Дійове ж каяття може бути як в умисних, у тому числі вчинених з непрямим умислом, так і в необережних кримінальних правопорушеннях.

При добровільній відмові від кримінального правопорушення особа не підлягає кримінальній відповідальності внаслідок саме добровільної відмови від вчинення кримінального правопорушення, що свідчить про відсутність у її діянні складу кримінального правопорушення. При дійовому каятті склад кримінального правопорушення має місце, і тому воно, як правило, розглядається як обставина, що пом’якшує покарання. Навіть якщо особа при дійовому каятті в деяких випадках і звільняється від кримінальної відповідальності (див., наприклад, ст. 45 КК), то не у зв’язку з відсутністю в її діянні складу кримінального правопорушення, а з інших обставин, зазначених у законі.

1. **Кваліфікація** **кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті.**

Останнім часом в Україні серйозне занепокоєння викликає групова, організована злочинність. Важливим засобом боротьби з цією злочинністю є кримінальний закон і, зокрема, його положення про відповідальність за кримінальні правопорушення, які вчинюються у співучасті. Чітке засвоєння питань вчинення кримінальних правопорушень у співучасті допоможе працівникам правоохоронних органів правильно застосовувати закон при розслідуванні групових кримінальних правопорушень.

Ст. 26 КК України визначає співучасть як *умисну спільну участь декількох суб’єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення.*

Вчинення кримінального правопорушення в співучасті, як правило, є більш небезпечним, ніж його скоєння однією особою. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 67 КК вказано, що вчинення кримінального правопорушення групою осіб за попередньою змовою є обтяжуючою покарання обставиною.

У багатьох випадках законодавство встановлює більш суворі міри покарання за вчинення кримінальних правопорушень у співучасті (наприклад, п. 12 ч.2 ст. 115, ч. 2 ст.121, ч. 2 та ч.5 ст. 185, ч. 2 та ч. 5 ст. 186, ч. 2 та ч. 5 ст. 187, ч. 3 ст. 152, ч. 2 ст. 296). Деякі тяжкі кримінальні правопорушення можуть вчинюватись тільки у співучасті: ст. 255 (створення злочинної організації), бандитизм (ст. 257 КК), масові заворушення (ст. 294 КК).

Для розкриття змісту співучасті та правильного розуміння її юридичної природи слід встановити її об’єктивні та суб’єктивні ознаки.

1. Об’єктивні ознаки співучасті виражені в законі словами – кримінальне правопорушення спільно вчиняється декількома суб’єктами кримінального правопорушення. Виходячи з цього положення можна виділити дві об’єктивні ознаки співучасті у кримінальному правопорушенні:

1) *Множинність співучасників кримінального правопорушення, яка означає що тільки вчинення кримінального правопорушення декількома суб’єктами кримінального правопорушення може утворити співучасть. В свою чергу ознака множинності включає два критерії:*

а) кількісний критерій множинності, що відповідає на питання про мінімальну кількість осіб, які спільно вчиняють те й саме кримінальне правопорушення. Для характеристиці цього критерію законодавець використовує термін «декілька», під яким розуміють, що, за загальним правилом, мінімальну кількість співучасників утворюють дві особи, хоча їх може бути і більше;

б) якісний критерій множинності, який визначений в законі поняттям «суб’єкти кримінального правопорушення», що безумовно є досягненням законодавчої техніки. Таким чином, співучасть у кримінальному правопорушенні може утворювати тільки участь двох або більше фізичних, осудних осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності.

2) *Спільність участі. Спільність як об'єктивна ознака співучасті містить такі три моменти:*

а) вчинення кримінального правопорушення є результатом загальної діяльності всіх співучасників. При цьому ролі або функції в межах тієї самої ролі у окремих співучасників можуть відрізнятися, але при цьому кримінальне правопорушення вчиняється загальними, спільними зусиллями усіх співучасників. Іноді співучасть образно порівнюють з грою в оркестрі, де кожен інструмент, кожен музикант веде свою партію, а в цілому виходить єдина мелодія;

б) суспільно небезпечний наслідок, який настає в результаті вчинення кримінального правопорушення виконавцем, є єдиним, неподільним та загальним для всіх співучасників. За цей наслідок відповідальність несуть всі співучасники, незалежно від тієї ролі, яку кожний з них виконував у кримінальному правопорушенні. Наприклад, якщо декілька осіб спільно вчинили крадіжку чужого майна і кожний з них викрав майно в незначних розмірах, але в сумі загальна шкода становить великий розмір викраденого, то всі співучасники повинні нести відповідальність за крадіжку, вчинену у великих розмірах. Якщо кримінальне правопорушення вчиняється з розподілом ролей, обсяг відповідальності кожного співучасника визначається тим, що вчинив виконавець кримінального правопорушення;

в) між діями співучасників і тим кримінальним правопорушенням, що вчинив виконавець, має місце причинний зв'язок. Дійсно, саме виконавець є заключним «ланкою» при вчиненні кримінального правопорушення у співучасті, саме він реалізує кримінально протиправні наміри інших співучасників, тому наявність причинного зв’язку тут обов’язковою ознакою спільності діяння співучасників.

2. *Суб’єктивні ознаки співучасті виражені в законі словами – умисна спільна участь у вчиненні умисного* *кримінального правопорушення. В свою чергу, з цього положення випливають такі ознаки:*

1) Співучасть можлива тільки в умисних кримінальних правопорушеннях. Ця ознака безпосередньо випливає з тексту закону. Разом з тим у теорії кримінального права існують й інші точки зору з цього питання. Зокрема, деякі вчені доводять наявність співучасті в необережних кримінальних правопорушеннях. Дійсно, випадки спільного заподіяння декількома особами з необережності кримінально протиправного наслідку зустрічаються досить часто, але такі дії не можна визнати співучастю через те, що тут відсутнє об’єднання злочинної волі діючих осіб. В таких випадках має місце необережне співзаподіяння шкоди, при якому кожний із співзаподіювачів несе відповідальність за свої дії самостійно. Існують також точки зору щодо можливості умисної співучасті у необережному кримінальному правопорушенні та, навпаки, необережної співучасті у умисному кримінальному правопорушенні. Але й ці позиції не відповідають чинному законодавству України. І в першому, і в другому випадку особи повинні самостійно відповідати за вчинені кримінальні правопорушення, незалежно від наявності обумовлюючого зв’язку між їх діяннями.

2) Другою суб’єктивною ознакою є спільність умислу співучасників. Ця ознака означає що між співучасниками завжди повинна мати місце згода на вчинення конкретного кримінального правопорушення. Така змова не обов’язково є попередньою та може виражатися різним способом. Змістом змови може бути домовленість про мету кримінального правопорушення, способи його вчинення, інші деталі, про використання досягнутого злочинного результату тощо. Форма змови може бути усною, письмовою, за допомогою конклюдентних дій (обмін жестами, мімікою, певні рухи).

Умисел при співучасті містить у собі інтелектуальні і вольові моменти, які характеризуються специфікою внаслідок особливості спільного вчинення кримінального правопорушення.

Інтелектуальний момент полягає в тому, що співучасник усвідомлює суспільну небезпечність не лише вчиненого ним особисто діяння, яке вчиняє виконавець. Співучасник також передбачає, що в результаті цих дій виконавця настане суспільно небезпечний наслідок. Тобто співучасник передбачає, що в результаті його дії розвиток причинного зв’язку призведе до того, що виконавець вчинить задумане співучасниками кримінальне правопорушення.

Іншими словами, співучасник повинен бути поінформований про кримінально протиправні наміри, кримінально протиправні дії виконавця. Вимога такої поінформованості — найважливіша ознака співучасті. Так, якщо особа, що вирішила вбити жертву, просить у сусіда рушницю для полювання і сусід цю рушницю дає, а внаслідок цього відбувається вбивство, то співучасть відсутня, тому що, даючи рушницю, особа не була поінформована, не знала про дійсний намір вбивці. Якщо ж така рушниця дана майбутньому виконавцю для вчинення вбивства, то має місце співучасть, тому що той, хто дав рушницю, діє узгоджено з виконавцем, обізнаний про його злочинні наміри.

Вольовий момент умислу при співучасті виявляється насамперед у бажанні настання наслідків, коли всі співучасники бажають, щоб настали наслідки, яких своїми безпосередніми діями прагне досягти виконавець. У кримінальних правопорушеннях з формальним складом співучасники бажають, щоб виконавець вчинив задуману ними суспільно небезпечну дію.

У зв'язку з тим що умисел буває двох видів (прямій і непрямий), у юридичній літературі з приводу змісту суб'єктивної сторони співучасті в кримінальному правопорушенні висловлені дві позиції. Одна полягає в тому, що співучасть можлива лише в кримінальних правопорушеннях, вчинених з прямим умислом. Прихильники іншої точки зору допускають, що при співучасті умисел може бути і непрямим. Уявляється, що правильною є точка зору (її поділяє і судова практика), відповідно до якої вид умислу при співучасті визначається окремо стосовно до вчинених виконавцем дій і суспільно небезпечних наслідків, які настали в результаті цих дій. Психічне ставлення особи до факту приєднання до протиправної діяльності інших осіб або до збудження в них бажання вчинити суспільно небезпечні дії характеризується тільки прямим умислом. Тому співучасть у кримінальних правопорушеннях з формальним складом (наприклад, у зґвалтуванні) можлива тільки з прямим умислом. Інша справа – психічне ставлення співучасника до суспільно небезпечних наслідків, що настали від дії (бездіяльності) виконавця кримінального правопорушення. Тут суб'єктивна сторона може характеризуватися як прямим, так і непрямим умислом.

Свідченням конкретної змови необов’язково є збіг мотивів і мети кримінального правопорушення, якими керуються окремі співучасники. Тому можуть бути випадки, коли при вчиненні одного кримінального правопорушення співучасники мають різні мотиви та цілі (один співучасник діє з користі, інший — з ревнощів, третій — з помсти і т. п.).

Розподіл співучасників на види кримінальне законодавство України (так сама як і багатьох інших країн) проводить за об’єктивним критерієм – тією роллю, яку виконував співучасник при вчиненні кримінального правопорушення. Відповідно до ч. 1 ст. 27 КК, співучасниками кримінального правопорушення, поряд із виконавцем, є організатор, підбурювач та пособник.

1. Згідно з ч. 2 ст. 27 КК виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом.

Аналіз положень ч. 2 ст. 27 нового КК дозволяє констатувати, що тепер виконавцем визнається особа, яка: 1) є суб'єктом кримінального правопорушення; 2) вчинила кримінальне правопорушення, передбачене КК; 3) вчинила таке кримінальне правопорушення у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, які згідно з законом не підлягають кримінальній відповідальності за вчинене. В останньому випадку мас місце так зване посереднє вчинення кримінального правопорушення - виконавець особисто не виконує дій, які утворюють об'єктивну сторону складу кримінального правопорушення, передбаченого Особливою частиною КК, або особисто виконує лише частину таких дій. Іншу їх необхідну частину або усі такі дії виконують інші особи, які в силу певних передбачених законом обставин не підлягають кримінальній відповідальності за вчинене.

Вказаними обставинами є такі, за наявності яких особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності: а) взагалі - через неосудність особи (ч. 2 ст. 19 КК) чи недосягнення нею віку, з якого може настати кримінальна відповідальність (ст. 22 КК), або б) за вчинення даного кримінального правопорушення (якщо це кримінальне правопорушення зі спеціальним суб'єктом). Такими обставинами не можуть бути визнані передбачені кримінальним законом умови спеціального звільнення від кримінальної відповідальності (так звані компромісні або пільгові норми).

У випадках використання для вчинення кримінального правопорушення осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за вчинене, останні у правовому розумінні виконують роль своєрідного знаряддя чи засобу вчинення кримінального правопорушення - співучасник, який фактично діє як організатор, пособник або підбурювач, за допомогою їх дій (бездіяльності) досягає суспільно небезпечного результату. Оскільки особи, які фактично вчинили кримінальне правопорушення, не підлягають відповідно до закону кримінальній відповідальності за скоєне, а вчинене ними діяння як за об'єктивними, так і суб'єктивними ознаками є кримінальними правопорушеннями, то виконавцем кримінального правопорушення визнається його суб'єкт, який спрямовував дії зазначених осіб і усвідомлював обставини, що виключають визнання їх суб'єктами кримінального правопорушення.

2. **Організатор** **кримінального правопорушення.** Згідно з ч. 3 ст. 27 КК організатором є особа, яка вчинила хоча б одну з таких дій: організувала вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень); керувала підготовкою кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) або його (їх) вчиненням; утворила організовану групу чи злочинну організацію; керувала організованою групою чи злочинною організацією, забезпечувала фінансування організованої групи чи злочинної організації; організовувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Організація вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) полягає у діях, які спрямовують, об'єднують інших співучасників на вчинення одного чи декількох кримінальних правопорушень чи координують їх поведінку. При цьому ініціатива вчинення кримінального правопорушення може і не належати організатору, а бути лише підтриманою ним. Дії по організації кримінального правопорушення полягають, зокрема, у: а) залученні до його вчинення виконавців, пособників, підбурювачів чи інших організаторів; б) розподілі обов'язків між ними; в) визначенні об'єкта (предмета) посягання; г) розробці плану вчинення кримінального правопорушення. Основне завдання, на виконанні якого зосереджена діяльність організатора при організації вчинення кримінального правопорушення - спрямувати, об'єднати і скоординувати зусилля інших осіб на вчинення кримінального правопорушення. Організація вчинення кримінального правопорушення може здійснюватись у формі наказу, угоди, прохання, підкупу, доручення, замовлення тощо. Так, судова практика за певних обставин визнає замовлення вбивства його організацією.

Керування підготовкою кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) передбачає спрямування дій виконавця, пособника чи підбурювача на готування до одного чи декількох кримінальних правопорушень, а саме на: підшукування або пристосування засобів чи знарядь; підшукування співучасників; замовлення вчинення кримінального правопорушення; усунення перешкод; інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення. Керуванням підготовкою кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) охоплюється також проведення інструктажу співучасників щодо виконання ними відповідних протиправних дій (бездіяльності), вироблення заходів щодо нейтралізації діяльності правоохоронних органів (організація підкупу, застосування насильства до працівника такого органу чи його близьких, усунення його з посади чи інше блокування його діяльності, яка може перешкодити вчиненню кримінального правопорушення), визначення місць переховування співучасників після вчинення ними кримінального правопорушення, а також місць приховування знарядь, засобів вчинення кримінального правопорушення, його слідів та предметів, здобутих кримінально протиправним шляхом тощо

Керування вчиненням кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) передбачає спрямування зусиль інших співучасників на безпосереднє виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення (дій виконавця) чи забезпечення такого виконання (дій пособника та підбурювача). Воно може полягати, зокрема, у наданні настанов конкретним учасникам кримінального правопорушення щодо виконання тих чи інших дій, які становлять об'єктивну сторону вчинюваного кримінального правопорушення чи забезпечують виконання таких дій; координації дій співучасників (їх розстановка на місці вчинення кримінального правопорушення, визначення послідовності вчинення протиправних дій, форми і порядку зв’язку між співучасниками під час їх вчинення); забезпеченні прикриття кримінально протиправних дій співучасників тощо.

Утворення організованої групи чи злочинної організації — це сукупність дій по організації (формуванню, заснуванню, створенню) стійкого злочинного об'єднання для вчинення одного чи багатьох кримінальних правопорушень.

Дії щодо утворення організованої групи чи злочинної організації за своїм змістом є близькими до дій по організації кримінального правопорушення (підшукування відповідних співучасників, об'єднання їх зусиль, визначення загальних правил поведінки членів групи або організації тощо). Однак основне завдання, яке стоїть перед організатором у цьому випадку, є іншим - створити (заснувати) стійке об'єднання осіб, в якому поєднати (зробити спільними) їх зусилля для заняття кримінально протиправною діяльністю. Налагодження функціонування стійкого злочинного об'єднання передбачає встановлення взаємозв'язку в діях окремих учасників останнього та діяльності його структурних частин, упорядкування, узгодження їх дій (діяльності) відповідно до загальної структури об'єднання.

Керування організованою групою чи злочинною організацією полягає у вчиненні сукупності дій, спрямованих на управління процесом підтримання їх функціонування (забезпечення існування та збереження організованості) як стійкого об'єднання осіб та/або здійснення ними кримінально протиправної діяльності.

Керування організованою групою чи злочинною організацією може здійснюватись у формі віддання наказів, розпоряджень, доручень, проведення інструктажів, організації звітів про виконання тих чи інших дій. прийняття рішень про застосування заходів впливу щодо членів злочинного об'єднання за невиконання доручень його керівництва або порушення встановлених у ньому правил поведінки.

Фінансування кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації - це забезпечення їх коштами у національній валюті України чи в іноземній. Воно передбачає як організацію винним постачання зазначеним об'єднанням фінансів іншими особами, так і здійснення такого постачання ним безпосередньо. Таке забезпечення має місце не лише тоді, коли фінанси поставлені даним об'єднанням у необхідній кількості, а й тоді, коли вони лише частково задовольнили їх потреби. Воно може спрямовуватись на фінансування як забезпечення функціонування організованої групи чи злочинної організації (придбання техніки, зброї, іншого майна, оренду чи придбання приміщень, видачу коштів членам таких об'єднань як плату за виконання ними відповідних функцій, підкуп представників влади, здійснення розвідувальної діяльності), так і вчинення конкретного кримінального правопорушення (придбання та пристосування знарядь та засобів його вчинення, вкладання коштів у незаконну підприємницьку діяльність, виплата винагороди виконавцям та іншим співучасникам кримінального правопорушення тощо).

Приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації являє собою організацію специфічної форми пособницької діяльності у вигляді переховування особи, що вчинила кримінальне правопорушення, знарядь чи засобів вчинення кримінального правопорушення, його слідів чи предметів, здобутих кримінально протиправним шляхом, іншого приховування кримінально протиправної діяльності зазначених об'єднань. Приховування кримінально протиправної діяльності таких об'єднань може виразитись в організації: а) легалізації доходів, отриманих таким об'єднанням кримінально протиправним шляхом; б) підкупу працівників органів державної влади з метою невжиття ними передбачених законом заходів до викриття учасників групи (організації) та притягнення їх до відповідальності: в) проникнення учасників таких об'єднань до органів державної влади та місцевого самоврядування з метою забезпечення «даху» для кримінально протиправної діяльності даних об'єднань; г) виїзду учасників такої діяльності за межі регіону чи країни, д) збуту предметів, здобутих кримінально протиправним шляхом; е) маскування слідів кримінального правопорушення; є) знищення знарядь та засобів їх вчинення; ж) фізичного знищення потерпілих, свідків кримінально протиправної діяльності, а також тих співучасників вчинених злочинним об'єднанням кримінальних правопорушень, які могли б виступити як свідки.

3. **Підбурювач.** Згідно з ч. 4 ст. 27 КК, підбурювачем визнається особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення.

Схиляння до вчинення кримінального правопорушення передбачає збудження бажання (переконання у бажаності, вигідності, потребі), викликання рішучості у іншого співучасника вчинити кримінальне правопорушення. Оскільки у КК йдеться про схиляння «іншого співучасника», то підбурюванням може бути визнано лише схиляння до вчинення кримінального правопорушення особи, яка може бути суб'єктом кримінального правопорушення.

*Умовляння* означає систематичне або одноразове наполегливе прохання (переконання) особи у необхідності вчинення кримінального правопорушення.

*Підкуп —* це надання або обіцянка надання особі матеріальної (надання грошей або майна, передача чи збереження прав на майно, звільнення від майнових зобов'язань) або іншої (допомога у працевлаштуванні, вирішення певних життєвих проблем, звільнення від кримінальної відповідальності тощо) вигоди у разі вчинення нею кримінального правопорушення. Підбурювання шляхом підкупу може, зокрема, проявлятись у замовленні вбивства, коли особа, схиляючи до вчинення такого кримінального правопорушення іншу особу, обіцяє чи надає останній відповідну матеріальну винагороду чи іншу вигоду, не виконуючи при цьому функцій організатора такого вбивства.

*Погроза* —- залякування особи заподіянням фізичної, майнової, моральної або іншої шкоди у разі не вчинення нею кримінального правопорушення.

*Примус* передбачає домагання від іншої особи вчинити кримінальне правопорушення шляхом заподіяння тілесних ушкоджень або застосування до неї іншого насильства, пошкодження належного їй чи її близьким майна, розповсюдження певної інформації про таку особу тощо

*Під іншим чином схилянням іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення* слід розуміти вчинення будь-яких інших, крім зазначених вище, дій, за допомогою яких особа схилила співучасника до вчинення кримінального правопорушення. Це можуть бути: доручення, порада, заклик.

Підбурювання може виражатись у словесній, письмовій формах або за допомогою міміки та жестів, як у прямій, так і в завуальованій формі. У тих випадках, коли спосіб підбурювання сам по собі є кримінальне караним, він повинен отримувати самостійну кримінально-правову оцінку (наприклад, погроза вбивством, провокація хабара або комерційного підкупу).

4. **Пособник.** Відповідно до ч. 5 ст. 27 КК пособником визнається особа, яка сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками: порадами чи вказівками; наданням засобів чи знарядь; усуненням перешкод, а так само особа, яка заздалегідь обіцяла: переховати особу, що вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом; придбати чи збути такі предмети; іншим чином сприяти його приховуванню.

Традиційно теорія кримінального права поділяє пособництво на два види і фізичне та інтелектуальне.

1. Фізичне пособництво:

1) Надання засобів чи знарядь кримінального правопорушення - це передача іншим співучасникам різних предметів матеріального характеру, за допомогою яких вони можуть здійснювати вплив на потерпілого, предмет кримінального правопорушення чи іншим чином полегшити досягнення кримінально протиправного результату (зброя, засоби зв'язку, транспорт, документи, наркотичні засоби тощо).

2) Усунення перешкод, під яким розуміється ліквідація перепон, що заважають (ускладнюють, унеможливлюють) реалізації кримінально протиправного наміру співучасників. Воно може виразитись у залишенні незачиненим приміщення, куди має проникнути виконавець, відключенні сигналізації чи, навпаки, її не включенні, виведенні із ладу засобів зв'язку тощо.

2. Інтелектуальне пособництво:

1) Сприяння вчиненню кримінального правопорушення порадами чи вказівками полягає в наданні іншим співучасникам інформації щодо найбільш прийнятних місця, часу, способів вчинення кримінального правопорушення та інших обставин, яка є необхідною для реалізації спільних кримінально протиправних намірів.

2) Переховування особи, що вчинила кримінальне правопорушення, знарядь чи засобів кримінального правопорушення, його слідів чи предметів, здобутих кримінально протиправним шляхом, а також придбання та збут таких предметів утворюють пособництво лише у випадку, коли вони були обіцяними до початку чи під час його вчинення. Такі дії можуть виразитись у: наданні особі, що вчинила кримінальне правопорушення, помешкання, підроблених документів; знищенні засобів вчинення кримінального правопорушення; приховуванні трупа потерпілого, його знівеченні; зберіганні грошей чи майна, які були предметом кримінального правопорушення; придбанні чи продажі майна, здобутого кримінально протиправним шляхом, тощо. Форма, у якій іншому співучаснику було обіцяно вчинити зазначені дії, може бути різною і значення для визнання діяння пособництвом не має. Такі дії можуть бути визнані пособництвом і за відсутності обіцянки їх вчинити, якщо в силу систематичного їх вчинення вони давали підстави виконавцю розраховувати на подібне сприяння з боку пособника.

3) Заздалегідь дана обіцянка сприяти приховуванню кримінального правопорушення іншим чином передбачає обіцянку вчинити будь-які інші, крім перелічених у ч. 5 ст. 27 КК, дії, спрямовані на приховування кримінального правопорушення. Це може бути обіцянка знищити кримінальну справу чи предмети, які є доказами у ній, підробити документи, які стосуються особистості виконавця кримінального правопорушення чи правомірності джерел походження предметів, здобутих кримінально протиправним шляхом, тощо.

Існують наступні правила кримінальної відповідальності співучасників:

1. Співучасники несуть кримінальну відповідальність на загальних підставах. Так, якщо в ч. 1 ст. 2 КК сформульовано загальне правило стосовно одноосібно діючого суб’єкта – «підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом», то це правило поширюється і на випадки спільного вчинення кримінального правопорушення, але з урахуванням специфіки співучасті. Таким чином, підставою кримінальної відповідальності співучасників є суспільно небезпечне діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, вчинений у співучасті.

2. Особливості кримінальної відповідальності та кваліфікація дій співучасників залежить від форми співучасті.

1) Якщо має місто проста співучасть, всі співвиконавці несуть відповідальність за статтею Особливої частини КК, яка передбачає вчинене ними кримінальне правопорушення (ч. 1 ст. 29).

2) При співучасті з розподілом ролей дії співучасників кваліфікуються наступним чином:

а) виконавець (співиконавець) підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини КК, яка передбачає вчинене ним кримінальне правопорушення (ч. 1 ст. 29 КК), без посилання на ч. 2 ст. 27 КК, в якій дається визначення виконавця (співвиконавця) кримінального правопорушення;

б) дії інших співучасників (організаторів, підбурювачів та пособників) кваліфікуються за тією статтею Особливої частини КК, яка передбачає кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем, але з посиланням на відповідну частину ст. 27 КК, в залежності від ролі, що була виконана в процесі вчинення кримінального правопорушення (ч. 2 ст. 29 КК).

3) Співучасників, які діють в організованій групі або злочинній організації, відповідають за наступними правилами:

а) організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає відповідальності за всі кримінальні правопорушення, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом (ч. 1 ст. 30 КК);

б) інші учасники організованої групи чи злочинної організації підлягають кримінальній відповідальності за кримінальні правопорушення, у підготовці чи вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у кримінальному правопорушенні кожен з них (ч. 2 ст. 30 КК);

в) дії всіх цих співучасників кваліфікуються за тією статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за вчинення даного кримінального правопорушення злочинною організацією чи організованою групою (наприклад, всі учасники банди, незалежно від тієї ролі, яку вони виконували в кримінальному правопорушенні, несуть відповідальність безпосередньо за ст. 257; всі учасники організованої групи, що вчинила вимагання, - за ч. 4 ст. 189).

3. Об'єктивні та суб’єктивні обставини, які визначають кваліфікацію кримінального правопорушення, вчиненого виконавцем (наприклад, спосіб вчинення кримінального правопорушення, мотив, мета), можуть бути поставлені у вину іншим співучасникам лише за умови, що вони усвідомлювали ці обставини, були поінформовані про них (ч. 3 ст. 29 КК). Якщо ж співучасники не були поінформовані про наявність цих обставин (не усвідомлювали їх існування), вони за них відповідальності не несуть і ці обставини не можуть визначати кваліфікацію діянь співучасників (наприклад, виконавець вчинив вбивство з особливою жорстокістю, а інші співучасники про це не знали — виконавець відповідає за п. 4 ч. 2 ст. 115, а інші співучасники — за ст. 27 і ч. 1 ст. 115). У цих випадках, як видно, дії співучасників кваліфікуються за різними статтями КК, хоча вони і вчинили одне кримінальне правопорушення – вбивство.

Ознаки, що посилюють або пом'якшують відповідальність, але характеризують лише особу співучасника, навіть якщо інші співучасники знали про їх наявність, ставляться у вину лише тому співучаснику, на боці якого вони мають місце. Інакше кажучи, «особисті» обставини (наприклад, повторність, рецидив) не можуть впливати на відповідальність інших співучасників. Якщо, скажімо, пособник сприяє особі, яка раніше була засуджена за вбивство, у вчиненні нового вбивства, то незалежно від того, знав пособник про це чи ні, ця кваліфікуюча обставина йому у вину в будь-якому випадку не може ставитися, вона характеризує лише особу виконавця. У цій ситуації виконавець відповідає за п. 13 ч. 2 ст. 115 (вбивство, вчинене повторно), а пособник за ч. 5 ст. 27 і ч. 1 ст. 115.

На практиці досить часто зустрічаються випадки, що потребують додаткових знань для правильної кваліфікації дій осіб, які спільно вчинюють кримінальне правопорушення. Такі випадки іноді називають спеціальними питаннями відповідальності за співучасть. До таких питань можна віднести наступні:

1. Опосередковане виконавство.

2. Співучасть у кримінальному правопорушенні із спеціальним суб’єктом.

3. Ексцес співучасника.

4. Провокація кримінального правопорушення.

5. Безнаслідкова співучасть.

6. Невдале підбурювання або пособництво.

7. Добровільна відмова співучасників.

1. **Опосередковане виконавство.** При аналізі визначення виконавця (співвиконавця) кримінального правопорушення, було вказано, що таким визнається і особа, яка хоча й безпосередньо не виконувала об’єктивну сторону кримінального правопорушення, але використала для цього інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за вчинення. Найбільш часто при опосередкованому виконавстві особа, що вчиняє кримінальне правопорушення, використовує поведінку осіб, що не є суб’єктами кримінального правопорушення, які виступають в таких випадках як своєрідне «знаряддя» вчинення кримінального правопорушення. Але, не виключені випадки вчинення кримінального правопорушення шляхом використання поведінки суб’єктів кримінального правопорушення, тобто фізичних, осудних осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності. При цьому останні або взагалі не підлягають кримінальній відповідальності, або можуть бути притягнути до відповідальності за вчинення необережного кримінального правопорушення. Таким чином, опосередковане виконавство утворюють випадки використання поведінки таких осіб:

а) неосудної особи;

б) особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності;

в) особи, яка, знаходячись у стані крайньої необхідності, була вимушена заподіяти шкоду правоохоронюваним інтересам, і при цьому не перевищила меж крайньої необхідності;

г) особи, яка виконувала наказ або розпорядження і при цьому не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправний характер останнього;

д) особи, яка діяла внаслідок фактичної помилки, тобто помилково вважала, що вчинюване діяння не становить суспільної небезпеки. При цьому така особа або взагалі не підлягає кримінальній відповідальності, або може бути притягнута до відповідальності за вчинення необережного кримінального правопорушення.

2. **Співучасть у кримінальних правопорушеннях** **із спеціальним суб’єктом.** Відповідно до ч. 2 ст. 18 КК спеціальним суб’єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, суб’єктом якого може бути лише певна особа. Характерною ознакою кримінального правопорушення із спеціальним суб'єктом є те, що їх можуть вчинити лише особи, наділені ознаками спеціального суб'єкта. Виникає питання, про можливість співучасті у таких кримінальних правопорушеннях осіб, які не мають ознак спеціального суб'єкта. Це питання розв’язується виходячи ні з норм Загальної частини, а із положень, що випливають з Особливої частини КК. Так, у ч. 3 ст. 401 вказується, що співучасть у військових кримінальних правопорушеннях осіб, не згаданих у цій статті (тобто не військовослужбовців), тягне за собою відповідальність за відповідними статтями цього розділу, тобто розділу Особливої частини КК про військові кримінальні правопорушення.

Це правило теорія та практика кримінального права переносить й на інші злочини із спеціальним суб’єктом. Таким чином, загальним правилом відповідальності за співучасть у злочинах із спеціальним суб’єктом є наступне – виконавцем цих злочинів може бути тільки спеціальний суб'єкт, а як організатор, підбурювач, пособник можуть виступати й інші особи, не наділені ознаками спеціального суб'єкта. Водночас, об'єктивна сторона деяких злочинів описується в законі так, що вона не виключає як співвиконавців і осіб, які не є спеціальними суб'єктами. З цих положень можна сформулювати наступні правила кваліфікації дій співучасників у злочинах із спеціальним суб’єктом:

а) виконавцем кримінального правопорушення з спеціальним суб'єктом може бути тільки цей спеціальний суб'єкт (наприклад, виконавцем державної зради (ст. 111) може бути тільки громадянин України, виконавцем отримання хабара (ст. 368) – тільки службова особа;

б) особи, які не мають ознак спеціального можуть виступати як організатори, підбурювачі, пособники того кримінального правопорушення, виконавцем якого є спеціальний суб'єкт; тому ці співучасники несуть відповідальність за тією статтею КК, що передбачає кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем — спеціальним суб'єктом. Наприклад, приватна особа, що організувала давання-одержання хабара, несе відповідальність за ч. 4 ст. 27 і за відповідною частиною ст. 368 КК;

в) якщо ж кримінальне правопорушення із спеціальним суб'єктом характеризується тим, що частина його об'єктивної сторони може бути виконана особою, яка не є спеціальним суб'єктом, останній підлягає відповідальності як співвиконавець.

3. **Ексцес виконавця.** Ексцес виконавця має місце там, де виконавець вчиняє такі кримінально протиправні дії, що не охоплювалися ні прямим, ні непрямим умислом інших співучасників. Тобто виконавець вчиняє дії, які виходять за межі спільної угоди. Таким чином, ексцес виконавця має місце там, де інші співучасники не передбачали, не бажали і не допускали вчинення тих кримінально протиправних дій, що вчинив виконавець.

У теорії кримінального права виділяють наступні види ексцесу:

1) Кількісний ексцес має місце там, де виконавець, почавши вчиняти кримінальне правопорушення, що було задумане співучасниками, вчиняє однорідне кримінальне правопорушення, але більш тяжке або менш тяжке за своїм характером. Таким чином можна виділити два різновиди кількісного ексцесу:

а) вчинення виконавцем дій однорідного характеру, але більш тяжких, ніж охоплювалися умислом інших співучасників. Тут задумане співучасниками кримінальне правопорушення ніби «переростає» у більш тяжкий. Наприклад, співучасники домовилися вчинити крадіжку, а виконавець змушений був застосувати насильство при вилученні майна, тому що зненацька застав у квартирі потерпілого, і тим самим вчинив вже не крадіжку, а грабіж чи розбій. У таких випадках виконавець несе відповідальність за більш тяжке кримінальне правопорушення, яке він вчинив. Інші співучасники будуть відповідати за співучасть у кримінальному правопорушенні, вчинення якого охоплювалося їх умислом;

б) вчинення виконавцем дій однорідного характеру, але менш тяжких, ніж охоплювалися умислом інших співучасників. Наприклад, декілька осіб попередньо домовляються вчинити розбій, а виконавець, всупереч наміченому плану, скоює грабіж або крадіжку. Такий виконавець, окрім відповідальності за фактично вчинене (крадіжку або грабіж), повинен понести відповідальність поряд з іншими співучасниками і за готування до більш тяжкого кримінального правопорушення (розбою), а точніше, за співучасть у готуванні до такого кримінального правопорушення. Виключення можуть складати лише випадки добровільної відмови виконавця від вчинення більш тяжкого кримінального правопорушення.

2) Якісний ексцес має місце там, де виконавець вчиняє неоднорідне, зовсім інше, ніж було задумано співучасниками, кримінальне правопорушення на додаток до того, що було погоджено із співучасниками. При такому ексцесі виконавець відповідає за правилами реальної сукупності кримінальних правопорушень: за задумане і вчинене за угодою із співучасниками кримінальне правопорушення і за те, що було наслідком його ексцесу. Наприклад, співучасники задумали вчинити крадіжку. Виконавець, увійшовши до квартири, застав там її хазяйку і, застосувавши фізичне насильство, зґвалтував її, а потім, скориставшись тим, що потерпіла втратила свідомість, викрав майно. У цьому випадку виконавець вчинив два кримінальних правопорушень — (крадіжку і зґвалтування), співучасники ж несуть відповідальність тільки за крадіжку.

Таким чином, співучасники як при кількісному, так і при якісному ексцесі виконавця за ексцес відповідальності не несуть (оскільки це кримінальне правопорушення не охоплювався їх умислом). Вони відповідають лише в межах змови, що відбулася між ними, тобто за те кримінальне правопорушення, що ними спільно було задумано. У частині 5 ст. 29 зазначено, що співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їх умислом.

4. Провокація кримінального правопорушення – це підбурювання або організація вчинення кримінального правопорушення виконавцем або іншими співучасниками з метою їх подальшого викриття.

При аналізі суб’єктивних ознак співучасті вже відзначалося, що свідченням конкретної змови необов’язково є збіг мотивів і мети кримінального правопорушення, якими керуються окремі співучасники. Тому можуть бути випадки, коли при вчиненні одного кримінального правопорушення співучасники мають різні мотиви та цілі і це не виключає їх співучасті в цьому кримінальному правопорушенні. Отже, провокація кримінального правопорушення розглядається як співучасть у спровокованому кримінальному правопорушенні, оскільки різниця в мотивах у провокатора та інших співучасників не має значення для притягнення їх до відповідальності. Якщо провокація кримінального правопорушення передбачена в якості самостійного кримінального правопорушення в Особливій частині КК, відповідальність настає тільки за це кримінальне правопорушення без посилання на ч. 3 або ч. 4 ст. 27. Так, у статті 370 КК встановлена спеціальна відповідальність за провокацію хабара або комерційного підкупу.

5. **Безнаслідкова співучасть** має місце там, де виконавцю не вдалося вчинити закінчене кримінальне правопорушення і він вчинив лише готування або замах, на яких його кримінально протиправна діяльність була припинена (перервана). У таких ситуаціях виконавець несе відповідальність за готування до кримінального правопорушення або замах на кримінальне правопорушення. Інші ж співучасники відповідають за співучасть у готуванні до кримінального правопорушення або за співучасть у замаху на кримінальне правопорушення, залежно від того, на якій з цих стадій була припинена (перервана) кримінально протиправна діяльність виконавця.

У частині 4 ст. 29 в зв'язку з цим встановлено, що у разі вчинення виконавцем незакінченого кримінального правопорушення інші співучасники підлягають відповідальності за співучасть у незакінченому кримінальному правопорушенні (тобто готуванні або замаху на кримінальне правопорушення ).

6. Невдале підбурювання чи пособництво має місце тоді, коли можливий (потенційний) виконавець відмовився вчинити кримінальне правопорушення. В даному разі відсутня співучасть, бо без виконавця вона неможлива. За таких обставин у виконавця буде добровільна відмова, і він, згідно зі ст. 31 КК, до кримінальної відповідальності не притягається, а інші співучасники – підбурювач чи пособник і навіть організатор – несуть відповідальність за готування до кримінального правопорушення, бо виконавець відмовився від вчинення кримінального правопорушення без їхнього втручання. Дії співучасників по підшукуванню і підбурюванню, заздалегідь обіцяному пособництву розцінюються як готування до кримінального правопорушення, їхні дії треба кваліфікувати за ч. 1 ст. 14 КК та відповідною статтею Особливої частини КК.

7. **Добровільна відмова співучасників.** Питання про добровільну відмову співучасників регламентуються ст. 31 КК. Самого визначення добровільної відмови співучасників закон не дає, відсилаючи до ст. 17 КК, в якій визначається загальне поняття добровільної відмови.

Це означає, що при добровільній відмові співучасників кримінальне правопорушення не повинно бути доведено до кінця при усвідомленні винним фактичної можливості завершити кримінальне правопорушення, закінчити його.

Однак при співучасті діє не одна, а декілька осіб, причому дії їх опосередковані свідомою поведінкою виконавця кримінального правопорушення. Відповідно тут застосовуються такі положення:

1. Добровільна відмова виконавця розглядається за правилами ст. 17 КК і не має особливостей порівняно з добровільною відмовою особи, яка діє індивідуально.
2. Інші співучасники при добровільній відмові виконавця несуть відповідальність за готування до кримінального правопорушення або замах на кримінальне правопорушення, залежно від того, на якій з цих стадій добровільно відмовився від доведення кримінального правопорушення до кінця виконавець (ч. 1 ст. 31 КК).
3. Складним є питання про добровільну відмову співвиконавця. Частина 1 ст. 31 КК відсилає в таких випадках до ст. 17, що означає - добровільна відмова співвиконавця може виявлятися в дії (бездіяльності), внаслідок яких запобігається завершення кримінального правопорушення іншими співвиконавцями:

а) передусім, така відмова можлива на стадії готування до кримінального правопорушення і незакінченого замаху. Вона може бути виражена в активних діях співвиконавця — вмовив інших виконавців не вчиняти кримінальне правопорушення, повідомив поліцію і завдяки цьому співучасники були затримані, попередив жертву і вона змогла сховатися тощо. Але добровільна відмова тут можлива і шляхом бездіяльності, коли співвиконавець, добровільно відмовившись від продовження кримінального правопорушення, переконаний, що внаслідок його бездіяльності інші виконавці не зможуть довести кримінальне правопорушення до кінця. Наприклад, співвиконавець, у якого були відмички чи знаряддя злому, боячись відповідальності, не йде на місце вчинення кримінального правопорушення, тому інші виконавці не можуть вчинити крадіжки; або, з'явившись на місце вчинення крадіжки, виконавець відмовляється відключити сигналізацію, тому інші виконавці вчинити кримінальне правопорушення не можуть. Якщо ж виконавці вчинять кримінальне правопорушення яким-небудь іншим способом, то виконавець, який добровільно відмовився, все одно відповідальності не несе, тому що відсутні як причинний, так і винний зв'язок з вчиненим іншими виконавцями кримінальним правопорушенням. При добровільній відмові одного з співвиконавців інші співвиконавці несуть відповідальність за готування чи замах на кримінальне правопорушення залежно від стадії, на якій мала місце добровільна відмова;

б) можлива добровільна відмова співвиконавця і при закінченому замаху, коли він сам або за допомогою інших запобігає настанню наслідку кримінального правопорушення. У практиці мав місце випадок, коли два виконавці, вирішивши вбити з помсти потерпілого, зіштовхнули його з моста в річку і втекли з місця події. Один з них, почувши, що жертва просить про допомогу, повернувся і, витягши потерпілого з води, врятував йому життя. Цей співвиконавець запобіг смерті жертви, активно втрутився у розвиток причинного зв'язку, внаслідок чого не настала смерть. У цьому випадку у нього є добровільна відмова, і відповідальності за замах на вбивство цей співвиконавець не підлягає. Інший же співвиконавець буде відповідати за замах на вбивство.

4) Організатор, підбурювач і пособник звільняються від кримінальної відповідальності в зв'язку з наявністю добровільної відмови лише тоді, коли вони своїми діями (як правило, активними) попередять вчинення кримінального правопорушення виконавцем (наприклад, обеззброять його, попередять потерпілого, передадуть виконавця в органи влади тощо). Крім того, добровільна відмова співучасників має місце і тоді, коли вони своєчасно повідомлять відповідні органи державної влади (поліції, СБУ, прокуратурі та ін.) про те, що готується або вчиняється кримінальне правопорушення. Причому в цьому разі добровільна відмова не виключається і тоді, коли органам влади чомусь не вдалося запобігти кримінальному правопорушенню.

Відмова пособника може виразитися й у пасивних діях. Наприклад, він не надав знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, не усунув перешкоди до вчинення кримінального правопорушення (не відключив сигналізацію), внаслідок чого кримінальне правопорушення виконавцем не було вчинено (ч. 2 ст. 31 КК).

У разі добровільної відмови кого-небудь з співучасників — виконавець та інші співучасники несуть відповідальність за готування чи замах на кримінальне правопорушення залежно від того, на якій стадії їх діяльність була припинена (ч. 3 ст. 31).

5) Якщо ж співучасник намагався запобігти кримінальному правопорушенню, який він повинен був вчинити, але це йому не вдалося (виконавець все-таки довів кримінальне правопорушення до кінця), то такі дії співучасника розглядаються як діяльне каяття й оцінюються як обставина, яка пом'якшує покарання.

1. **Кваліфікація множинності** **кримінальних правопорушень.**

У статті 35 КК сформульовані положення, згідно з якими визначається кримінально-правове значення множинності кримінальних правопорушень. Так, повторність, сукупність та рецидив ураховуються при: а) кваліфікації кримінальних правопорушень; б) призначенні покарання; в) вирішенні питання щодо можливості звільнення від кримінальної відповідальності чи г) звільнення від покарання.

Вплив повторності кримінальних правопорушень на кваліфікацію залежить від виду повторності. Так, при повторності закінчених тотожних кримінальних правопорушень дії особи кваліфікуються за одною статтею Особливої частини КК (наприклад, крадіжка після крадіжки - за ч.2ст. 185 КК). Якщо повторно вчиняються однорідні кримінальні правопорушення або має місце збіг незакінченого і закінченого кримінальних правопорушень, то кваліфікація здійснюється за двома (чи більше) статтями КК. Наприклад, при вчиненні, скажімо, шахрайства після крадіжки застосовуються дві статті КК -ч. 1 ст. 185 та ч. 2 ст. 190 КК (за умови, що інші кваліфікуючі ознаки відсутні). Так само вчинення замаху на грабіж після закінченої крадіжки передбачатиме відповідальність з ч. 1 ст. 185 та ст. 15 і ч. 2 ст. 186 КК - за ознакою повторності.

При ідеальній і реальній сукупності кримінальних правопорушень кожний із них також підлягає відповідальності за окремою статтею або частиною статті Особливої частини КК.

Рецидив кримінальних правопорушень впливає на кваліфікацію в тих випадках, коли він передбачений в окремих статтях Особливої частини КК як кваліфікуюча ознака кримінального правопорушення. Наприклад, вчинення хуліганства особою, що була раніше засуджена за хуліганство, кваліфікується за ч. 3 ст. 296 КК - за ознакою спеціального рецидиву. Аналогічним чином за ч. 2 ст. 201 КК кваліфікується контрабанда, вчинена особою, раніше засудженою за контрабанду. Крім того, там, де в законі вживається термін повторність, він включає до себе і рецидив. Так, вчинення зґвалтування особою, яка раніше була засуджена за зґвалтування, утворює спеціальний рецидив і кваліфікується за ч. 2 ст. 152 КК як зґвалтування, вчинене повторно.

Наступним, не менш важливим наслідком повторності, сукупності і рецидиву кримінальних правопорушень, є їхній вплив на конструювання санкцій статей Особливої частини КК і на призначення покарання. Якщо повторність кримінальних правопорушень або спеціальний рецидив визнаються кваліфікуючими ознаками, то, як правило, це впливає на ступінь тяжкості кримінального правопорушення і відповідно на суворість санкції за нього. Наприклад, контрабанда, за ч. 1 ст. 201 КК карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років з конфіскацією предметів контрабанди, тобто є тяжким злочином; контрабанда, вчинена особою, раніше судимою за цей злочин, вже визнається особливо тяжким злочином і передбачає позбавлення волі на строк від п'яти до дванадцяти років з конфіскацією майна і з конфіскацією предметів контрабанди. Розбій за ч. 1 ст. 187 КК карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років, а повторний розбій за ч. 2 ст. 187 КК вже передбачає позбавлення волі від семи до десяти років з конфіскацією майна.

При призначенні покарання згідно із п. 1 ч. 1 ст. 67 КК вчинення особою кримінального правопорушення повторно і рецидив кримінальних правопорушень визнаються обставинами, що обтяжують покарання. Це означає, що за наявності вказаних видів множинності, суд має право призначити засудженому більш суворе покарання в межах санкції статті, що передбачає відповідальність за вчинене кримінальне правопорушення.

Але, як вірно зазначає В.І. Тютюгін, при застосуванні п. 1 ч. 1 ст. 67 КК слід мати на увазі, що як обставину, яка обтяжує покарання, закон приписує враховувати «вчинення особою злочину повторно», а не «вчинення злочину особою, яка раніше вчинила будь-який злочин». Вочевидь, що останнє поняття значно ширше за своїм змістом, ніж попереднє. Тому як обставину, що обтяжує покарання, суд має право враховувати лише повторність тотожних кримінальних правопорушень, тобто таких, які відповідно до ч. 1 ст. 32 КК передбачені однією й тією ж статтею (частиною статті) Особливої частини КК. Якщо ж особа вчиняє декілька кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями КК, тобто коли ці кримінальні правопорушення є лише однорідними (наприклад, крадіжка і грабіж) або різнорідними(наприклад, контрабанда і хуліганство), то згідно із ч. 3 ст. 32 КК вони можуть бути визнані повторними лише у випадках, прямо передбачених в Особливій частині КК (наприклад, п. 1 примітки до ст. 185 КК, п. 7 - до ст. 368 КК) і внаслідок цього таке «повторення» кримінального правопорушення не може бути визнане за п. 1 ч. 1 ст. 67 КК як обставина, що обтяжує покарання.

Слід також мати на увазі, що при призначенні покарання суд не має права посилатися у вироку на п. 1 ч. 1 ст. 67 КК і враховувати повторність і рецидив як обставини, що обтяжують покарання, коли у диспозиції певної статті Особливої частини КК зазначені види множинності безпосередньо передбачені як ознаки конкретного складу кримінального правопорушення (наприклад, ч. 2 ст. 185, ч. 3 ст. 296 КК). У таких випадках необхідно керуватися ч. 4 ст. 67 КК, згідно з якою, якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини КК як ознака кримінального правопорушення, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз врахувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує.

Таким чином, ч. 4 ст. 67 КК встановлює пряму заборону «подвійного врахування» одних й тих самих (однойменних) обставин. Така заборона повною мірою стосується як повторності, так й рецидиву і зумовлена тим, що «...при іншому підході такі обставини враховувалися б судом двічі: і при кваліфікації кримінального правопорушення, і при призначенні за нього покарання», тоді як «...закон, передбачаючи ці ознаки в диспозиції статті, враховує їх наявність шляхом встановлення певних меж караності в санкції». Між тим судова практика з цього питання ще припускається помилок.

Так, вироком Хмельницького міського суду С. засуджено за ч. 2 ст. 309 КК за те, що він повторно незаконно виготовляв, придбавав та зберігав з метою збуту, а також збував наркотичні засоби. У касаційній скарзі засуджений просив пом'якшити йому покарання. Перевіривши матеріали справи та обговоривши доводи, наведені в касаційній скарзі, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України задовольнила її з таких підстав. Висновок суду про доведеність вини С. у вчиненні злочину, за який його засуджено, відповідає фактичним обставинам справи, обґрунтований сукупністю доказів, яким суд дав належну оцінку. Дії засудженого за ч. 2 ст. 309 КК кваліфіковані правильно.

Проте мотивування апеляційним судом обрання більш суворого покарання не відповідає вимогам закону. Відповідно до ч. 4 ст. 67 КК, якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака кримінального правопорушення, яка впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує.

Частина 2 ст. 309 КК, за якою засуджено С, як одну із кваліфікуючих ознак передбачає повторність. Отже, посилання апеляційного суду на те, що С. неодноразово виготовляв наркотичні засоби як на обставину, що обтяжує покарання, фактично є посиланням на кваліфікуючу ознаку кримінального правопорушення, а тому підлягає виключенню із вироку апеляційного суду.

У зв'язку з наведеним колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вирок судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Хмельницької області щодо С. змінила, та застосувавши до нього ст. 75 КК звільнила від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на три роки'.

Негативно оцінюючи помилки, яких припускаються суди, коли двічі враховують однойменні обставини, слід, однак, зауважити, що такі обтяжуючі обставини, як повторність і рецидив мають оціночний характер, а їх зміст, як вказує В.І. Тютюгін, визначається за допомогою відповідних кількіснихпоказників - кількість (число) вчинених кримінальних правопорушень. Але у кожному конкретному випадку параметри цих показників можуть бути різними, що, безумовно, впливає на ступінь суспільної небезпечності особи винного. Наприклад, крадіжка буде повторною тоді, коли вона вчинена і вдруге, і вдесяте. Безсумнівно, що за інших рівних умов суспільна небезпечність особи винного в останньому випадку набагато вища, що і має бути враховано судом при призначенні покарання, але не на підставі п. 1 ч. 1 ст. 67 КК, а як обставина, що негативно характеризує особистість винного.

Визнання рецидиву кримінальних правопорушень як обставини, що обтяжує покарання, не слід ураховувати щодо осіб, які вчинили умисні кримінальні правопорушення у віці до 18 років. Це не суперечить чинному законодавству, бо згідно з п. 3 ч. 1 ст. 66 КК вчинення кримінального правопорушення неповнолітнім завжди визнається обставиною, що пом'якшує покарання.

Виходячи із підвищеної суспільної небезпеки множинності кримінальних правопорушень, у випадках, передбачених законом, суду надано право призначати остаточне покарання при сукупності кримінальних правопорушень та рецидиві більш суворе, ніж передбачене в санкціях статей, за якими засуджується особа. Так, згідно з ч. 2 ст. 70 КК якщо хоча б один із кримінальних правопорушень при сукупності є умисним тяжким або особливо тяжким, суд має право призначити остаточне покарання за сукупністю кримінальних правопорушень у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК. А при рецидиві кримінальних правопорушень, якщо хоча б один із кримінальних правопорушень, його утворюючих, є особливо тяжким, загальний строк позбавлення волі відповідно до ч. 2 ст. 71 КК може бути більше 15 років, але не повинен перевищувати 25 років.

Таким чином, саме у зазначених випадках призначення покарання закон (ч. 4 ст. 65 КК) надає суду право вийти або за межі санкції статті Особливої частини КК (ч. 2 ст. 70) або, навіть, за межі максимального строку покарання (ч. 2 ст. 71 КК), встановленого в Загальній частині КК (ч. 2 ст. 63 КК).

Наявність повторності, сукупності і рецидиву кримінальних правопорушень виключає можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі статей 45-48 КК. Передумовою для застосування вказаних норм є те, що особа вперше вчиняє кримінальний проступок або необережний нетяжкий злочин, що вже само по собі виключається при повторності, реальній сукупності і рецидиві. Що стосується ідеальної сукупності кримінальних правопорушень, то в цьому випадку особа однією дією вчиняє два чи більше кримінальні правопорушення, а тому вона не може бути визнана такою, що раніше вчинила кримінальне правопорушення. З огляду на це ідеальна сукупність не виключає можливості звільнення особи від кримінальної відповідальності за статтями 45-48 КК.

За певних умов вчинення нового кримінального правопорушення, яке разом із кримінальним правопорушенням, вчиненим раніше, становить повторність чи сукупність, може призвести до переривання строків давності притягнення до кримінальної відповідальності.

Рецидив кримінальних правопорушень перериває перебіг строків і давності виконання обвинувального вироку (ч. 4 ст. 80 КК).

Урахування множинності при звільненні від покарання стосується тільки рецидиву кримінальних правопорушень. Так, вчинення особою, до якої було застосовано звільнення від покарання з випробуванням (статті 75, 79 КК) нового кримінального правопорушення під час іспитового строку тягне несприятливі для неї наслідки: скасування звільнення і призначення покарання за сукупністю вироків (ст. 71 КК).

Рецидив також впливає на вирішення питання про можливість застосування до засудженого умовно-дострокового звільнення від покарання і заміни покарання більш м'яким його видом. При рецидиві мінімальний строк покарання, який підлягає обов'язковому відбуванню для отримання права на умовно-дострокове звільнення, збільшується до двох третин (п. 2 і 3 ч. З ст. 81 КК), а при заміні покарання більш м'яким - до половини строку покарання, призначеного судом (п. 2 і 3 ч. 4 ст. 82 КК).

Вчинення нового кримінального правопорушення протягом невідбутої частини покарання при умовно-достроковому звільненні (ч. 4 ст. 81 КК) або під час відбування більш м'якого покарання, яке було застосовано до засудженого в порядку заміни (ч. 6 ст. 82 КК), тягне за собою застосування до особи ст. 71 КК і в наступному збільшує мінімальну частину строку, відбуття якого необхідно для умовно-дострокового звільнення до трьох четвертих, а для заміни покарання - до двох третин від строку призначеного за вироком покарання.

Рецидив кримінальних правопорушень також впливає на обчислення строків погашення судимості. Згідно із ч. 5 ст. 90 КК, якщо особа, що відбула покарання, до закінчення строків погашення судимості знову вчинить кримінальне правопорушення, перебіг строку погашення судимості переривається і обчислюється заново. У цих випадках строки погашення судимості обчислюються окремо за кожне кримінальне правопорушення після фактичного відбуття покарання (основного і додаткового) за останнє кримінальне правопорушення.

При призначенні за окремі кримінальні правопорушення (за окремими вироками) деяких видів покарань слід ураховувати, що порядок їх остаточного визначення за сукупністю кримінальних правопорушень та сукупністю вироків має певні особливості, наявність яких пояснюється цілою низкою обставин.

Так, при призначенні за різними вироками, наприклад, штрафу максимальна межа останнього згідно з ч. 2 ст. 53 складає одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але в статтях Особливої частини КК може бути передбачений і більш високий максимальний розмір цього виду покарання. Тому при застосуванні приписів ч. 2 ст. 71 КК виникає питання, із якого максимального розміру цього виду покарання - встановленого в ч. 2 ст. 53 КК чи у відповідних санкціях - слід виходити при визначенні остаточної суми штрафу за сукупністю вироків.

При застосуванні ст. 71 КК може виникнути і питання, як визначати невідбуту частину покарання за попереднє кримінальне правопорушення, якщо в конкретній ситуації за попереднім вироком були призначені і ще не виконані такі види покарань, як штраф чи конфіскація майна.

При призначенні за різні кримінальні правопорушення (за різними вироками) покарання, передбаченого ст. 55 КК, характер правообмежень, які складають його зміст, може не співпадати і стосуватися досить різних сфер правового статусу особи, коли, наприклад, за один зі кримінальних правопорушень (одним із вироків) винного було позбавлено права обіймати посади, пов'язані з матеріальною відповідальністю, а за інший - права керувати транспортними засобами. Тому у таких випадках виникає питання, за яким саме принципом повинні бути об'єднані ці покарання за сукупністю кримінальних правопорушень або вироків.

Виправні роботи (ст. 57 КК) або службові обмеження для військовослужбовців (ст. 58 КК) можуть бути призначені за декілька кримінальних правопорушень (кількома вироками) не тільки на різні строки, а й з різними відсотками відрахувань із заробітку засудженого. Тому виникає питання, що повинно бути покладено в основу визначення порівняльної суворості цих видів покарань, якщо вони призначені на однакові чи різні строки, але з різними відсотками відрахувань, і як це має позначитися на порядку їх остаточного визначення за сукупністю кримінальних правопорушень або вироків.

Відповідно до ч. 1 ст. 71 КК при сукупності вироків суд до знову призначеного покарання приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком. Звідси випливає, що під покаранням, призначеним попереднім вироком, закон має на увазі такий його вид, який належить до так званих строковихпокарань і в зв'язку з цим відбуваєтьсязасудженим, тобто триває у часі, проміжок якого визначається вироком суду. Але попереднім вироком особа могла бути засуджена і до штрафу, який належить до так званих одноактнихвидів покарань і в зв'язку з цим не відбувається засудженим протягом певного часу.

Слід, однак, ураховувати, що і стосовно цього одноактного виду покарання в ч. 1 ст. 26 КВК встановлено, що засуджений зобов'язаний сплатити штраф у місячний строк після набрання вироком законної сили. У разі ж несплати засудженим штрафу добровільно протягом цього строку його стягнення відповідно до ч. 2 ст. 26 КВК провадиться примусово. Таким чином, можна зробити висновок: хоча закон (ст. 71 КК) і не вирішує цього питання безпосередньо, але якщо на момент вчинення нового кримінального правопорушення штраф ще добровільно не сплачений (повністю або частково) засудженим чи не стягнутий з нього у примусовому порядку, має місце сукупність вироків і несплачена сума штрафу підлягає приєднанню до знову призначеного покарання за правилами ст. 71 КК.

Стосовно такого одноактного виду додаткового покарання, як конфіскація майна в ст. 48 КВК не встановлюються які-небудь конкретні строки його виконання. Згідно з цією статтею після набрання законної сили вироком суду, яким призначена конфіскація, його копія, копія опису майна і виконавчий лист надсилаються для виконання до Державної виконавчої служби. Вочевидь, що той основний вид покарання, до якого приєднується конфіскація майна, є строковим, і тому ще до його повного відбуття конфіскація майна у переважній більшості випадків є, як правило, вже виконаною. Однак у тих, відносно рідких випадках, коли нове кримінальне правопорушення вчиняється особою після повного відбуття основного покарання, але до виконання такого додаткового, як конфіскація майна, також має місце сукупність вироків. Тому в цих випадках, конфіскація майна, як невідбуте (точніше, невиконане) покарання приєднується за правилами ст. 71 КК до знову призначеного за новим вироком покарання.

Згідно з загальним правилом, встановленим в ч. 2 ст. 71 КК, при складанні покарань за сукупністю вироків остаточний його строк не може перевищувати максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК.Таким чином, і тут мова йде про строкові види покарань. Однак при призначенні покарання за ст. 71 КК може виникнути й така ситуація, коли, по-перше, як за попереднім, так і за знову проголошеним вироками особа засуджується не до строковихвидів покарань, а за кожним з цих вироків їй призначається такий одноактний вид покарання, як штраф (зрозуміло, що це має значення лише за умови, якщо призначений за попереднім вироком штраф ще не було повністю сплачено на момент вчинення нового кримінального правопорушення). По-друге, сукупність вироків можуть складати при цьому такі кримінальні правопорушення, за вчинення яких у відповідних санкціях статей Особливої частини КК штраф передбачений у розмірі, який перевищує ту його максимальну межу (одна тисяча неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), яка встановлена в ч. 2 ст. 53 Загальної частини КК. Наприклад, можливість призначення штрафу у розмірі, який перевищує одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, передбачена в санкціях ст. 209', ч. 2 ст. 212, ч. 2 ст. 212і, статті 218, 220, частини 2 і 3 ст. 229 КК та ін.

У таких випадках також повинні застосовуватися правила ст. 71 КК, проте остаточне за сукупністю вироків покарання у виді штрафу має бути призначено у межах тих його максимальних розмірів, які встановлені не у ч. 2 ст. 53 КК, а у відповідних санкціях статей Особливої части КК. Саме таке рішення цього питання, по-перше, певною мірою узгоджується і з положеннями ч. 2 ст. 53 КК, де зазначено, що розмір штрафу може перевищувати одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо це прямо передбачено в санкціях відповідних статей Особливої частини КК. По-друге, інше рішення цього питання призводило б до необгрунтованого пом'якшення остаточного покарання щодо осіб, які вчинили нове кримінальне правопорушення після засудження за попереднє, порівняно з тими, які вчинили декілька таких кримінальних правопорушень до засудження хоча за один із них. Інакше кажучи, якщо ігнорувати максимальний розмір штрафу, передбачений у конкретній санкції, то за таких умов покарання, яке призначалося б за правилами ст. 71 КК, не відрізнялося б за своєю суворістю від покарання, призначеного за правилами ст.70 КК.

Сутність позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ст. 55 КК) полягає у тому, що це покарання не тільки позбавляє засудженого конкретних суб'єктивних прав, які він мав під час вчинення кримінального правопорушення, а й обмежує його правоздатність - можливість претендувати на зайняття певної посади або певною діяльністю на строк, встановлений вироком суду. Призначення цього покарання завжди обумовлено, як зазначено в ч. 2 ст. 55 КК, характером вчиненого винним кримінального правопорушення, який перебуває у безпосередньому зв'язку або з посадою, яку обіймає засуджений, або з діяльністю, якою він займається. Звідси випливає, що і конкретні правообмеження, які становлять зміст цього покарання, тобто характер тієї посади чи вид діяльності, права на зайняття якими засуджений позбавляється вироком суду, можуть бути досить різноманітними.

По-перше, за окремі кримінальні правопорушення, що входять до сукупності, або за кількома вироками може бути призначено позбавлення права обіймати такі ж самі за характером посади або особа може бути позбавлена права на зайняття одного й того ж самого виду діяльності. Наприклад, і за одне, і за інше кримінальне правопорушення (за попереднім і знову проголошеним вироками) особа позбавляється права обіймати посади, пов'язані зі зберіганням, розпорядженням, управлінням та обліком матеріальних цінностей. У такому випадку визначення остаточного за сукупністю кримінальних правопорушень чи вироків покарання, передбаченого ст. 55 КК, труднощів не уявляє, бо суд орієнтується тут лише на строки цього виду покарання і з урахуванням цього призначає його за принципами або поглинення (ст. 70 КК), або складання (статті 70 і 71 КК).

По-друге, за окремі кримінальні правопорушення, що входять до сукупності, або за кількома вироками може бути призначено основне чи додаткове покарання, яке хоча і передбачено однією й тією ж самою нормою закону - ст. 55 КК, однак полягає при цьому в обмеженнях різних сфер правового статусу особи, бо стосується заборони обіймати різні за характером посади чи позбавляє особу права займатися різними видами діяльності. Достатньо уявити, наприклад, що за ч. 2 ст. 225 КК особа засуджується з додатковим покаранням у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням покупців, а за ч. З ст. 286 КК позбавляється права керувати транспортними засобами.

Вочевидь, що позбавлення права як певний вид покарання, що входить до системи цих заходів, хоча і передбачено в одній нормі закону - ст. 55 КК, але окреслено в ній лише за допомогою так званих родових ознак, згідно з якими суд, ураховуючи характер, вчиненого за посадою або у зв'язку із зайняттям певною діяльністю, має у вироку конкретизувати ту правову заборону, яка становить зміст покладених на засудженого правообмежень.

У наведеному прикладі призначені різні види (різновиди) цього покарання, бо вони істотно відрізняються одне від іншого, оскільки є різнорідними за характером і спрямованістю тих правообмежень, які становлять зміст правової заборони.

У такій ситуації призначені за окремі кримінальні правопорушення (кількома вироками) покарання у силу їх різнорідності не можуть бути співвіднесені одне з іншим у якому-небудь еквіваленті, а, отже, і не можуть підлягати складанню між собою. Виключається, на наш погляд, і застосування тут принципу поглинення. Якщо, навіть, у наведеній ситуації ці види покарань призначаються на різні строки, то при їх поглиненні одного іншим втрачався б усілякий сенс в призначенні, наприклад, за ч. 2 ст. 225 КК одного року позбавлення права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням покупців, якщо останнє було б за сукупністю кримінальних правопорушень поглинуто двома роками позбавлення права керувати транспортними засобами, призначеними за ч. З ст. 286 КК.

У всіх випадках, коли призначені за декілька кримінальних правопорушень (кількома вироками) покарання хоча й передбачені ст. 55 КК, але пов'язані з позбавленням особи права обіймати різні за характером посади чи займатися різними видами діяльності, за сукупністю кримінальних правопорушень (ст. 70 КК) і за сукупністю вироків (ст. 71 КК) вони повинні застосовуватися одночасно - без поглинення і складання. Інакше кажучи, в усіх таких випадках повинні застосовуватися приписи частин 3 та 4 ст. 72 КК і призначене за окремі кримінальні правопорушення чи за окремими вироками позбавлення права обіймати різні за характером посади або позбавлення права займатися різними видами діяльності має застосовуватися одночасно і виконуватися самостійно.

Відповідно до ч. 2 ст. 72 КК при призначенні покарання за сукупністю кримінальних правопорушень або вироків у виді виправних робіт або службових обмежень для військовослужбовців складанню підлягають лише строки цих покарань. Розміри відрахувань із заробітку засудженого складанню не підлягають і обчислюються за кожним вироком самостійно.

Звідси випливає, що в ч. 2 ст. 72 КК встановлюються особливі правила,які: а) застосовуються судом при призначенні покарання як за сукупністю кримінальних правопорушень (ст. 70 КК), так і за сукупністю вироків (ст. 71 КК); б) стосуються лише таких двох видів покарань, як виправні роботи (ст. 57 КК) і службові обмеження для військовослужбовців (ст. 58 КК); в) застосовуються лише тоді, коли зазначені види покарань призначаються за всі або, у всякому разі, не менше, ніж за два кримінальних правопорушення, які становлять їх сукупність або за кількома вироками; г) використовуються лише у разі визначення за сукупністю остаточного строку виправних робіт або службових обмежень за принципом повного чи часткового складання. Проаналізуємо ці положення більш докладно.

Відповідно до ч. 2 ст. 72 КК закон встановлює заборону на складання відрахувань із заробітку у разі призначення виправних робіт як за сукупністю кримінальних правопорушень, так і за сукупністю вироків. Однак Пленум Верховного Суду України дає зовсім інше роз'яснення закону, коли в п. 12 постанови від 24 жовтня 2003 р. зазначає, що «при призначенні названих видів покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 КК) допускаються поглинення, часткове або повне складання як строків виправних робіт (службового обмеження) так розмірів відрахувань у доход держави, а за кількома вироками (ст. 71 КК) - лише складання строків цих покарань».

Наведене роз'яснення суперечить вимогам закону, бо в ч. 2 ст. 72 КК сформульована недвозначна заборона на складання відрахувань із заробітку за сукупністю як кримінальних правопорушень, так і вироків. Тому і за ст. 70, і за ст. 71 КК складаються лише строки виправних робіт, а розміри відрахувань із заробітку засудженого обчислюються за кожне кримінальне правопорушення (за кожним вироком) окремо (самостійно). Якщо, наприклад, за одне із кримінальних правопорушень призначені виправні роботи строком на один рік з відрахуванням 10% із заробітку, а за інше - один рік з відрахуванням 20%, то за сукупністю кримінальних правопорушень суд повинен призначити шляхом складання два роки виправних робіт, протягом яких у перший рік відрахування будуть складати 10% заробітку, а у другий – 20%.

Але наведені положення закону, так само як і приклад його застосування, ще не вирішують усіх питань, які виникають при призначенні розглядуваних видів покарань за сукупністю кримінальних правопорушень та вироків. Як вже зазначалось, в законі (ч. 2 ст. 72 КК) встановлено заборону на складання відрахувань із заробітку, але не зазначено, чи можуть поглинатися одне іншим ці відрахування, якщо за кожним кримінальним правопорушенням і за кожним із вироків вони призначаються судом у різних розмірах. На наш погляд, оскільки закон встановлює пряму заборону лише і тільки стосовно складання відрахувань із заробітку, то це дає підстави вважати, що поглинення різних за розміром відрахувань не виключається. Тому у цій частині можна погодитися з роз'ясненням, яке наведено з цього приводу у постанові від 24 жовтня 2003 року, згідно з яким за сукупністю кримінальних правопорушень допускається поглинення не тільки строків виправних робіт, а й розмірів відрахувань у доход держави.

Як виправні роботи, та к й службові обмеження належать до таких видів строкових покарань, зміст правообмежень яких не обмежується лише строком (проміжком часу) їх застосування, а й включає до себе ще одну кількісну величину (одиницю) - розмір відрахувань із заробітку, які встановлені у межах від 10 до 20%. Тому у разі призначення цих видів покарань за декілька кримінальних правопорушень або за кількома вироками на різні строки і з різними відсотками відрахувань із заробітку, виникає питання, яке з цих покарань є більш суворим і в зв'язку з цим за яким саме принципом (поглинення чи складання) слід визначати не тільки остаточний його строк, а й остаточний розмір відрахувань із заробітку. Уявляється що при вирішенні цих питань слід виходити з наступного:

1) У разі призначення за декілька кримінальних правопорушень виправних робіт ***на однакові строки і з однаковими відсотками відрахувань із заробітку вони є рівними за*** своєю суворістю. Тому у цих випадках складаються між собою лише строки покарання, а відсотки відрахувань із заробітку залишаються однаковими і незмінними для кожної частини складеного строку покарання. Якщо ж за тих самих умов виправні роботи призначені у максимальних строках за обидва кримінальних правопорушень (два роки), то поглинаються як строки покарань, так й розміри відрахувань із заробітку.

2) У разі призначення за декілька кримінальних правопорушень виправних робіт на ***однакові строки, але з різними відсотками відрахувань***із заробітку, більш суворим слід визнавати покарання, яке поєднане з більш значним розміром відрахувань, бо саме у цих випадках порівняльна суворість покарань визначається, виходячи не з їх строків (бо вони однакові), а із розмірів відрахувань, встановлених судом. Тому у таких випадках можливе як складання, так й поглинення однакових за строками покарань. Однак при поглиненні строків покарань відрахування із заробітку мають дорівнювати більш значному його відсотку, встановленому за одне із кримінальних правопорушень. Інакше кажучи, у такій ситуації здійснюється поглинення як строків покарань, так й відрахувань із заробітку. Якщо ж застосовується принцип складання, то кожній частині складених строків виправних робіт відповідає і свій відсоток відрахувань із заробітку.

3) У разі призначення за декілька кримінальних правопорушень виправних робіт на ***різні строки, але з однаковими відсотками відрахувань,***більш суворим має визнаватися покарання, яке призначається на більш тривалий строк, бо порівняльна суворість покарань у цих випадках визначається, виходячи з «головного» карального елементу строкового покарання - його строку. Тому при застосуванні у такій ситуації принципу поглинення, останнє здійснюється як стосовно строків покарань, так і відсотків відрахувань із заробітку. Якщо ж застосовується принцип складання, то останнє здійснюється лише стосовно строків покарань, а відсотки відрахувань залишаються незмінними для кожної частини строку остаточно складеного покарання.

4) У разі призначення за декілька кримінальних правопорушень виправних робіт на ***різні строки і з різними відсотками відрахувань***із заробітку в основу визначення того, яке з цих покарань є більш, а яке менш суворим, повинен бути покладений також строк покарання.

Таке рішення пояснюється наступними міркуваннями.

По-перше, слід виходити з того, що саме строк покарання є тим, так би мовити, «головним» каральним елементом, який визначає сутність будь-якого строкового виду покарання.

По-друге, необхідно мати на увазі, що відбування виправних робіт пов'язане не тільки з відрахуваннями із заробітку, а містить в собі і цілий ряд інших правообмежень, яких зазнає засуджений на протязі встановленого вироком строку покарання і суворість яких знаходяться тим самим у прямій залежності від тривалості цього строку (статті 41, 42, 46 КВК).

По-третє, саме і тільки строк виправних робіт покладений законодавцем і в основу побудування санкцій статей Особливої частини КК, де відсотки відрахувань із заробітку не враховуються.

Саме зі строком покарання закон пов'язує і низку інших правових наслідків для засудженого. Наприклад, строк покарання впливає на обчислення строків погашення чи зняття судимості, враховується при визнанні діяння повторним чи рецидивом кримінального правопорушення тощо.

Таким чином, якщо за окремі кримінальні правопорушення призначені виправні роботи на різні строки і з різними відсотками відрахувань із заробітку, більш суворим покаранням повинні визнаватися виправні роботи, призначені на більш тривалий строк. Тому за сукупністю кримінальних правопорушень остаточне покарання може бути визначено тут шляхом як поглинення, так і складання. Але складанню підлягають лише строки покарань, а відсотки відрахувань залишаються для кожної частини строку остаточно складеного покарання тими ж самими, які були встановлені судом за кожне окреме кримінальне правопорушення.

Що ж стосується розміру відрахувань при застосуванні принципу поглинення, то у таких ситуаціях він повинен визначатися наступним чином: а) якщо більшим є відсоток відрахувань у більш суворого за строком покарання, то він визначається і для всього строку покарання, остаточно визначеного за сукупністю кримінальних правопорушень. Тобто поглиненню тут підлягають і менш тривалий строк покарання, і менш значні відсотки відрахувань із заробітку; б) якщо більшим є відсоток відрахувань у менш суворого за строком покарання, то поглинення відрахувань не здійснюється і для кожної частини остаточно визначеного за сукупністю покарання залишаються ті відсотки відрахувань, які були встановлені судом за кожне окреме кримінальне правопорушення.

Наведені правила застосовуються і при складанні виправних робіт за сукупністю вироків (ст. 71 КК), коли складанню підлягають лише строки покарання, а розміри відрахувань із заробітку обчислюються за кожним вироком самостійно. Лише при призначенні за новим вироком максимально припустимого строку виправних робіт суд змушений поглинати невідбуту частину цього покарання за попереднім вироком, а питання про поглинення чи самостійне обчислення розмірів відрахувань із заробітку вирішувати залежно від того, які їх відсотки були встановлені судом за попереднім і знову проголошеним вироками.

1. **Розмежування кримінальних правопорушень у ході кримінально-правової кваліфікації.**

Кримінально-правова кваліфікація передбачає встановлення того, яке саме кримінальне правопорушення вчинено, якою статтею (статтями) Особливої частини КК передбачена відповідальність за посягання. Констатація вказаних обставин водночас означає визнання того, що у скоєному немає ознак іншого кримінального правопорушення, що в даному випадку не повинна застосовуватися якась інша норма (норми) кримінального закону, що діяння не становить собою адміністративний проступок чи інше правопорушення. Таким чином, кримінально-правова кваліфікація нерозривно пов’язана з розмежуванням кримінальних правопорушень, як фактів дійсності, правових норм та диспозицій статей закону, в яких виражені ці норми, складів кримінальних правопорушень, що становлять собою теоретичні моделі певних посягань.

Розмежування складів кримінальних правопорушень не становить собою самостійної мети, яка постає в ході правозастосування, правотворчості, теоретичного дослідження правових норм та їх вивчення. Разом із тим, вказані види юридичної діяльності немислимі без здійснення розмежування кримінальних правопорушень та супутніх правових феноменів. Воно відіграє різноманітні функції, дозволяє глибше проникнути в суть проблем, які виникають в зв’язку з кримінально-правовою кваліфікацією.

Дослідження питань, які стосуються розмежування кримінальних правопорушень, можливо, не веде до прирощення знань в цій галузі, не дозволяє самостійно і остаточно вирішити будь-яку проблему кримінально-правової кваліфікації. Разом із тим, увага до різних аспектів розмежування дає можливість по новому поглянути на положення, які складають суть вчення про кримінально-правову кваліфікацію і стосуються кваліфікації діяння з врахуванням стадії вчинення посягання; кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті; кваліфікації множинності кримінальних правопорушень; кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм.

Важливо, що значна кількість помилок, допущених в ході кримінально-правової кваліфікації, обумовлена неправильним вирішенням питань розмежування кримінальних правопорушень - нерозумінням різниці між окремими кримінально караними посяганнями, невмінням обґрунтувати цю різницю в процесуальних документах, а тим самим і пояснити причини зміни кваліфікації.

**Значення розмежування явищ**

Розмежування будь-яких явищ, предметів, процесів має різнопланове значення, відіграє свою роль і багатьох аспектах:

1) **гносеологічний, методологічний** аспект проблеми розмежування полягає в тому, що розмежування виступає інструментом пізнання природи об’єктів, які розмежовуються;

2) **дидактична** сторона розмежування полягає в тому, що це спрощує вивчення порівнюваних об’єктів. Відпадає потреба повторювати очевидні, вже відомі положення. Найдоступніше вивчати щось нове, невідоме, порівнюючи його з вде вивченим. Крім того, прийом порівняння дозволяє зосередитися на ключових елементах, які визначають суть явища;

3) **практичний бік** розмежування ефективний тим, що воно дає змогу перевірити правильність прийнятого рішення, попередити помилки або усунути їх.

Все це цілком і повністю поширюється і на кримінально-правову кваліфікацію.

Розмежування, яке здійснюється в ході її проведення, є неодмінним атрибутом такої діяльності. За образним висловом В.Н.Кудрявцева, розмежування злочинів є зворотною стороною їх кваліфікації. Однак, розмежування при кваліфікації не зводиться до *розмежування злочинів,* його об’єкти значно різноманітніші.

**Зміст розмежування кримінальних правопорушень**

Розмежування будь-яких явищ, процесів, предметів включає в себе проведення наступних дій.

1. **Знаходження спільного -** того що об'єднує порівнювані об'єкти. Проблема розмежування виникає лише щодо споріднених - суміжних кримінальних правопорушень чи інших правопорушень, тобто таких, які співпадають за рядом своїх характерних рис. Певно ні в кого і ніколи не виникне потреби розмежовувати, наприклад, шпигунство і розбещення неповнолітніх - цілком несхожих між собою кримінальних правопорушень. В той же час існує проблема розмежування грабежу і розбою. В цілому ряді випадків кримінальний закон сам зобов'язує проводити розмежування між кримінальними правопорушеннями, передбачаючи відповідальність за певними статтями КК лише при відсутності ознак інших посягань.

2. **Виведення ознак, за якими порівнювані об'єкти відрізняються між собою**. Відомо, що кримінальні правопорушення не можуть відрізнятися один від одного взагалі. Вони не схожі між собою за конкретними ознаками, як люди не схожі за віком, статтю, зростом, кольором волосся тощо.

3. **Встановлення, в чому же полягає відмінність у виявлених розмежувальних ознаках**. Такі ознаки мають бути співпадаючими за формою, але вони відрізняються за змістом та об'ємом. Наприклад, насильницький грабіж і розбій відрізняються за однією ознакою - способом заволодіння майном, який може полягати у застосуванні насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого або погрози застосування такого насильства чи в більш інтенсивному, небезпечному для життя чи здоров'я насильстві або погрозі такого насильства. Якщо розмежувальних ознак є кілька, то відмінність потрібно встановлювати стосовно кожної із них.

**Розмежування складів кримінальних правопорушень як один із етапів кримінально-правової кваліфікації.**

Третій етап стадії вибору правової норми полягає у розмежуванні юридичних конструкцій - складів діянь, які були створені у ході попереднього етапу. Насамперед, ця проблема виникає стосовно розмежування діянь, які відносяться до правопорушень. Воно відбувається, насамперед, по вертикалі, тобто між окремими галузями права. Крім того, розмежування проводиться і по горизонталі - між інститутами та нормами однієї галузі права. Здійснюється розмежування шляхом порівняння однойменних позитивних (тих, які потрібно встановити) або негативних (відсутність яких слід довести) ознак фактичного та юридичного складів правопорушень.

Врешті - решт можна сказати, що вибір норми здійснюється у ході розмежування правопорушень - шляхом послідовного "відкидання" тих ознак юридичного складу, які не відповідають виявленим ознакам фактичного складу правопорушення.

**Значення ознак складів кримінальних правопорушень для їх розмежування.**

Роль ознак, за якими проводиться співставлення (порівняння, розмежування) кримінальних правопорушень відіграють ознаки складу кримінального правопорушення. Співпадіння ознак говорить про те, що порівнювані кримінальні правопорушення є суміжними. Відмінність між окремими ознаками свідчить про те, що кримінальні правопорушення відрізняються між собою. Ознаки складу кримінального правопорушення дозволяють також проводити відмежування кримінальних правопорушень від інших правопорушень.

Очевидно, що роль розмежувальних ознак можуть відігравати лише такі, які в різних кримінальних правопорушеннях відрізняються. До них відносяться, насамперед, предмет кримінального правопорушення і потерпілого, кримінально протиправне діяння та його наслідки, спосіб вчинення кримінального правопорушення, ознаки спеціального суб'єкта. Причому при розмежуванні кримінальних правопорушень, їх відмежуванні від інших правопорушень до уваги слід приймати ознаки, які прямо вказані в диспозиції правової норми, тобто є конституюючими ознаками кримінального правопорушення. В той же час ряд ознак складу кримінального правопорушення не можуть використовуватися при розмежуванні кримінальних правопорушень, бо в усіх таких посяганнях вони ідентичні. Так, неможливо провести розмежування за такими ознаками складу кримінального правопорушення, як загальний об'єкт (а при розмежуванні однорідних кримінальних правопорушень - і родовий об'єкт), причиновий зв'язок, осудність.

Тому важко погодитися з наведеним в літературі твердженням, що всі ознаки складу кримінального правопорушення відіграють відмежувальну роль і призначені головним чином для цього. Кожна ознака кримінального правопорушення, описаного в законі, відокремлює певне кримінальне правопорушення від іншого, або відмежовує кримінальне правопорушення від інших правопорушень. Певно таки, що кожна ознака кримінального правопорушення, описана в законі є конституюючою для нього, але не кожна відрізняє це кримінальне правопорушення від інших.

Ознаки складу кримінального правопорушення дозволяють не лише порівняти фактично вчинене діяння і кримінально-правову норму, довести що певна норма поширюється саме на дане діяння, але й розмежувати кримінальні правопорушення між собою, встановити відмінність між кримінальним правопорушенням і відповідним адміністративним проступком, іншим правопорушенням. Це фактично можливо або через розмежувальні риси, або через їх розчленування на складові частини (елементи) та перерахування з наступним порівнянням і інтеграцією в єдине ціле. Тому вчення про ознаки складу кримінального правопорушення лежить і в основі розмежування суміжних посягань.

**Конкуренція норм і розмежування**

Уявляється, що питання про співвідношення конкуренції кримінально-правових норм із співвідношенням суміжних складів кримінальних правопорушень ставити не можна. Звичайно, ця проблема існує та потребує свого вирішення, але питання у цій ситуації треба ставити інакше - про співвідношення складів кримінальних правопорушень, що містяться в конкуруючих нормах та суміжних складах кримінальних правопорушень, або співвідношення норм, які містять суміжні склади кримінальних правопорушень із конкуренцією кримінально-правових норм.

Практичне значення встановлення відмінностей між проблемою конкуренції норм та проблемою розмежування суміжних складів кримінальних правопорушень, як зазначає К.С. Хахуліна, полягає в тому, що подолання конкуренції повинно здійснюватися за суворо визначеними, стійкими правилами. Ці правила не придатні для розмежування суміжних складів злочинів (кримінальних правопорушень), оскільки норми, що їх містять, не конкурують. В цьому випадку все залежить тільки від фактичних обставин, встановлення в них ознак того чи іншого суміжного складу, з’ясування ознак, які відрізняють ці склади. Тобто, основне питання такого співвідношення треба ставити так: чи знаходяться норми, що містять суміжні склади злочинів (кримінальних правопорушень) у конкуренції, чи ні. При позитивній відповіді на питання в процесі кваліфікації треба застосовувати правила подолання конкуренції, при негативній - правила розмежування суміжних складів злочинів (кримінальних правопорушень). Разом з тим треба мати на увазі, що у більшості правозастосовних ситуацій конкуренції між нормами із суміжними складами кримінальних правопорушень взагалі не може виникнути, оскільки теоретичне співвідношення їх ознак в конкретній практичній ситуації не може змінитися. Не можна, наприклад, викрасти один і той самий предмет таємно і відкрито, шляхом розбійного нападу та шахрайства, вбити одну і ту саму людину умисно і необережно і т.д. У всіх подібних випадках можна говорити лише про розмежування суміжних складів кримінальних правопорушень.

В науці кримінального права при розгляді питань конкуренції кримінально-правових норм прийнято вирішувати співвідношення цього правового явища із співвідношенням суміжних складів кримінальних правопорушень. Вперше у вітчизняній кримінально-правовій літературі поняття “суміжність складів” та їх відмежування від конкуренції кримінально-правових норм було описане В.Н.Кудрявцевим. Порівнюючи ці поняття, він зазначає, що кожен з суміжних складів має ознаку (чи ознаки), які відсутні в іншому, в той час, як при конкуренції тільки одна з норм наділена ознаками, що відсутні в іншій.

**Види розмежування, які здійснюються в ході кримінально-правової кваліфікації.**

В ході кримінально-правової кваліфікації здійснюються такі основні види розмежування:

1) кримінального правопорушення та інших (менш небезпечних) правопорушень;

2) окремих видів кримінальних правопорушень між собою;

3) різних видів одного і того ж кримінального правопорушення, виділених за ступенем суспільної небезпеки.

Об’єктами ж розмежування виступають:

1) диспозиції статей КК;

2) склади кримінальних правопорушень;

3) фактичні обставини, які підлягають кримінально-правовій оцінці

1. **Зміна кримінально-правової кваліфікації.**

В ході досудового слідства і судового розгляду кримінальної справи нерідко виникає потреба змінити кримінально-правову кваліфікацію діяння, яка була дана раніше і зафіксована в процесуальних документах.

В зв’язку з цим виникає немало питань, які, зокрема, стосуються:

- правових підстав внесення змін до кваліфікації;

- кола осіб, які вправі ініціювати зміни до кваліфікації та приймати відповідні рішення;

- меж, в яких можуть здійснюватися відповідні зміни на кожній із стадій кримінального процесу;

- наслідків проведених змін для осіб, дії яких кваліфікуються, та інших учасників процесу, кримінальної справи в цілому (зокрема, її підслідності та підсудності);

- процесуального оформлення внесення змін до кваліфікації;

- юридичної долі процесуальних документів, винесених щодо кваліфікації цього ж діяння раніше;

- оцінки ситуацій, при наявності яких закон не передбачає внесення змін до кваліфікації.

Внесення змін до кримінально-правової кваліфікації — типова і поширена дія, яка здійснюється чи не по кожній кримінальній справі, в багатьох — неодноразово. Принаймні, матеріали опублікованої судової практики свідчать, що рідко який апеляційний чи касаційний розгляд кримінальної справи не пов’язаний із констатацією того, що певні статті КК інкриміновані “надлишково” чи, навпаки, не застосовані до підсудного, що неправильно визначена частина статті кримінального закону, допущені помилки у визначенні стадії вчинення кримінального правопорушення або форми співучасті тощо. Все це вимагає внесення змін до раніше проведеної кваліфікації, відповідного процесуального оформлення. Поточне вдосконалення кримінального законодавства, а тим більше, введення в дію нового КК пов’язане з переглядом десятків тисяч кримінальних справ і перекваліфікацією скоєного — приведенням кримінально-правової оцінки відповідно до вимог чинного закону, якщо він набув зворотної дії. Не буде перебільшенням твердження про те, що зміни до кваліфікації доводиться робити так же часто (якщо не частіше), ніж первинно кваліфікувати скоєне.

Дотримання законності при внесенні змін до кримінально-правової кваліфікації прямо й безпосередньо пов’язане з забезпеченнями прав всіх учасників процесу, інтересів держави і суспільства. Зміни до кримінально-правової кваліфікації повинні здійснюватися з врахуванням всіх принципів її проведення, врешті-решт сама необхідність внесення змін спрямована на забезпечення реалізації таких принципів. Врешті-решт важливо не стільки те, щоб була дана правильна кримінально-правова оцінка діяння на початку кримінального процесу, скільки забезпечення точної, повної, індивідуалізованої кваліфікації на його завершальних стадіях.